

# REVISTA DE **PROCESSO** RePro

ANO 50 • 359 • JANEIRO • 2025

COORDENAÇÃO  
TERESA ARRUDA ALVIM

PUBLICAÇÃO OFICIAL



INSTITUTO  
BRASILEIRO  
DE DIREITO  
PROCESSUAL

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

Uso exclusivo – proibida a veiculação

REVISTA DE  
**PROCESSO**

Ano 50 • vol. 359 • janeiro 2025

## Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM

CONSELHO INTERNACIONAL – Alan Uzelac (Doutor – Universidade de Zagreb – Croácia), Álvaro Pérez Ragona (Doutor – PUC-Valparaíso – Chile), Andrea Proto Pisani (Professor Titular – Universidade de Florença – Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Christoph A. Kern (Doutor – Universidade de Heidelberg – Alemanha), Dmitry Maleshin (Doutor – Universidade Estadual de Moscou – Rússia), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Doutor – Universidade Nacional Autónoma do México – México), Eduardo Oteiza (Professor Titular – Universidade de La Plata – Argentina), Emmanuel Jeuland (Doutor – Universidade de Paris – França), Federico Carpi (Professor Titular – Universidade de Bologna – Itália), Francesco Paolo Luiso (Professor Titular – Universidade de Pisa – Itália), Georgios Orfanidis (Doutor – Universidade de Tessaloniki – Grécia), Hanns Prütting (Professor Titular – Universidade de Cologne – Alemanha), Jairo Pina Quijano (Doutor – Universidade Externa da Colômbia – Colômbia), Joan Picó i Junoy (Doutor – Universidade Rovira i Virgili – Espanha), José Lebre de Freitas (Doutor – Universidade Nova de Lisboa – Portugal), Linda Mullenix (Doutora – Universidade do Texas – USA), Loïc Cadiet (Doutor – Universidade de Paris – França), Lorena Bachmaier Winter (Doutora – Universidade Complutense de Madri – Espanha), Luigi Paolo Comoglio (Professor Titular – Universidade Católica de “Sacro Cuore” de Milão – Itália), Marco Gradi (Doutor – Universidade de Messina – Itália), Mario Pisani (Professor Titular – Universidade de Milão – Itália), Michael Stürmer (Doutor – Universidade de Konstanz – Alemanha), Miguel Teixeira de Sousa (Doutor – Universidade de Lisboa – Portugal), Neil Andrews (Professor Emérito – Universidade de Cambridge – Inglaterra), Nikolaos Klamaris (Doutor – Universidade de Atenas – Grécia), Paula Costa e Silva (Doutora – Universidade de Lisboa – Portugal), Pedro Juan Bertolino (Professor Titular – Universidade de Buenos Aires – Argentina), Peter Gilles (Doutor – Universidade Johann Wolfgang Goethe – Alemanha), Peter Gottwald (Doutor – Universidade de Regensburg – Alemanha), Roberto Berzicone (Doutor – Universidade de La Plata – Argentina), Rolf Stürmer (Doutor – Universidade de Freiburg – Alemanha), Ulrich Haas (Doutor – Universidade de Zurique – Alemanha/Suíça), Walter Rechberger (Doutor – Universidade de Viena – Áustria).

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (Pós-Doutor – UERJ), Antonio Carlos Oliveira Gidi (Doutor – Universidade de Syracuse – USA), Eduardo Augusto Salomão Cambi (Pós-Doutor – UENP), Nelson Nery Junior (Livres-Docente – PUC-SP), Ronnie Preuss Duarte (Mestre – Universidade de Lisboa).

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Thelza Celina Diniz de Arruda Alvim (Presidente – Doutora – PUC-SP), Anna Cândida da Cunha Ferraz (Livres-Docente – Unifio), Celso Antônio Bandeira de Mello (Livres-Docente – PUC-SP), Clito Fornaciari Júnior (Mestre – PUC-SP), Edgar Lippman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon Alves (Especialista – UFBA), Fátima Nancy Andrichi (Mestre – IUKB), João Batista Lopes (Doutor – PUC-SP), José Eduardo Carreira Alvim (Doutor – UFRJ), Luiz Fux (Livres-Docente – UERJ), Marcelo Cintra Zarif (Especialista – PUC-Salvador), Petrólio Calmon Alves Cardoso Filho (Doutor – UNICEUB), Sebastião de Oliveira Castro Filho (Mestre – IESB), Sérgio Ferraz (Doutor – PUC-RJ), Sydney Sanches (Doutor – USP).

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Junior (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial – Doutor – UNIPAR), Alexandre Freitas Câmara (Doutor – PUC-Minas), Antonio Adonias Aguiar Bastos (Doutor – UFBA), Antônio Carlos de Araújo Cintra (Livres-Docente – USP), Antonio Carlos Marcato (Livres-Docente – USP), Antônio Janry Dal’Agnol Junior (Mestre – Escola Superior da Magistratura), Antonio Scaranne Fernandes (Livres-Docente – USP), Araken de Assis (Doutor – PUC-SP), Bruno Dantas Nascimento (Pós-Doutor – IDP), Cândido Rangel Dinamarco (Livres-Docente – USP), Carlos Alberto Carmona (Doutor – USP), Cassio Scarpinella Bueno (Livres-Docente – PUC-SP), Eduardo Talamini (Livres-Docente – UFPR), Flávio Cheim Jorge (Doutor – UFES), Flávio Luiz Yershell (Livres-Docente – USP), Fredie Souza Didier Junior (Livres-Docente – UFBA), Gilson Delgado Miranda (Doutor – PUC-SP), José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (Doutor – Universidade Mackenzie), José Miguel Garcia Medina (Doutor – UNIPAR), José Roberto dos Santos Bedaque (Livres-Docente – USP), José Rogério Cruz e Tucci (Livres-Docente – USP), Kazuo Watanabe (Doutor – USP), Leonardo Carneiro da Cunha (Pós-Doutor – UFPE), Lorena Miranda Santos Barreiros (Doutora – Faculdade Baiana de Direito), Luiz Eduardo Fachin (Pós-Doutor – UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (Pós-Doutor – UFPR), Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (Mestre – UERJ), Mairan Gonçalves Maia Júnior (Doutor – PUC-SP), Marcelo Lima Guerra (Pós-Doutor – UFC), Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (Doutor – UNI-RN), Milton Paulo de Carvalho (Doutor – CEU), Nelson Luiz Pinto (Doutor – UERJ), Patricia Miranda Pizzol (Doutora – FMB), Paulo Sarno Braga (Doutora – UFBA), Paulo Henrique dos Santos Lucon (Pós-Doutor – USP), Pedro Miranda de Oliveira (Doutor – UFSC), Rodolfo de Camargo Mancuso (Livres-Docente – USP), Rodrigo da Cunha Lima Freire (Doutor – FMU), Sergio Bermudes (Doutor – PUC-RJ), Sérgio Gilberto Porto (Doutor – PUC-RS), Sérgio Seiji Shimura (Livres-Docente – PUC-SP), Sidnei Agostinho Beneti (Doutor – FDSBC), Vicente Greco Filho (Livres-Docente – USP), William Santos Ferreira (Doutor – PUC-SP).

CONSELHO DE REDAÇÃO – Alexandre Reis Siqueira Freire (Doutor – UFMA), André Luís Quintas Monteiro (Doutor – PUC-SP), Angélica Cúnzio Leão de Arruda Alvim (Mestre – PUC-SP), Antonio Carlos Mattes de Arruda (Mestre – PUC-SP), Antônio Cesar Peluso (Doutor – USP), Antonio Cláudio Mariz de Oliveira (Mestre – PUC-SP), Antonio Rigolli (Mestre – PUC-SP), Carlos Roberto Barbosa Moreira (Graduado – PUC-RJ), Celso Antonio Pacheco Fiorillo (Livres-Docente – UNINOVE), Fábio Luiz Gomes (Doutor – UNISINOS), Flávio Renato Correia de Almeida (Especialista – UEPG), Francisco Carlos Duarte (Pós-Doutor – UNISINOS), Francisco Glauber Pessoa Alves (Doutor – UNI-RN), Gisele Heloisa Cunha (Doutora – PUC-SP), Gleydson Kieber Lopes de Oliveira (Doutor – UFRN), Henrique Fagundes Filho (Doutor – UNB), James José Marins de Souza (Pós-Doutor – PUC-PR), José Eduardo de Carvalho Pinto (Especialista – FIG-UNIMESP), José Scaranne Fernandes (Doutor – USP), Leonardo de Faria Beraldo (Doutorando – PUC-Minas), Luiz Fernando Bellinetti (Doutor – UEL), Luiz Rodrigues Wambier (Doutor – IDP), Luiz Sérgio de Souza Rizzi (Mestre – FADISP), Luiz Vicente Pellegrini Porto (Especialista – UNIP), Manoel Caetano Ferreira Filho (Mestre – UFPR), Marcelo Abella Rodrigues (Doutor – UFES), Marcelo Marco Bertoldi (Doutor – PUC-PR), Marcus Vinicius de Abreu Sampaio (Mestre – PUC-SP), Maria Elisabeth de Castro Lopes (Doutora – FAAP), Oreste Nestor de Souza Laspro (Doutor – USP), Pedro da Silva Dinamarco (Doutor – USP), Rita Giansini (Doutora – PUC-SP), Ronaldo Brétas de Carvalho Dias (Doutor – PUC-Minas), Rui Geraldo Camargo Viana (Pós-Doutor – USP), Sergio Ricardo de Arruda Fernandes (Graduado – EMERJ), Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista (Mestre – UNISEP), Ubiratan do Couto Maurício (Mestre – UNICAP), Willis Santiago Guerra Filho (Pós-Doutor – UFRJ).

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Perácio de Paula (Doutor – UFMG), André de Luiz Correia (Mestre – PUC-SP), Cláudia Aparecida Cimaridi (Doutora – UENF), Cláudio Cintra Zarif (Mestre – EPD), Cleunice Aparecida Valentim Bastos Pitombo (Doutora – USP), Fabiano Carvalho (Doutor – FAAP), Fernando César Zeni, Fernão Borba Franco (Doutor – USP), Francisco José Cahali (Doutor – PUC-SP), Graciela Iurk Marins (Doutora – UFRRJ), José Carlos Baptista Puoli (Doutor – USP), José Sebastião Fagundes Cunha (Pós-Doutor – FDCG), Leonardo Lins Morato (Doutor – PUC-SP), Maria Elizabeth Queijo (Doutora – FIG), Maria Lúcia Lins Conceição (Doutora – PUC-SP), Maria Theresza Rocha de Assis Moura (Doutora – USP), Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos (Doutora – PUC-PR), Roberto Portugal Bacellar (Mestre – PUC-SP), Robson Carlos de Oliveira (Mestre – PUC-SP), Rogério Licastro Torres de Mello (Doutor – PUC-SP), Sandro Gilbert Martins (Doutor – UniCuritiba).

SEGUNDOS PARECERISTAS (double blind peer review) – Alexandre Freitas Câmara (Doutor – PUC-Minas), Antônio Pereira Gaio Júnior (Pós-Doutor – UFRRRJ), Beaula Oliveira Silva (Doutor – UFAL), Benedito Cerezo Pereira Filho (Doutor – UFAL), Bruno Garcia Redondo (Doutor – UFRJ), Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (Doutor – USP), Carolina Paes de Castro Mendes (Doutora UERJ), Celso Hiroshi Iochama (Doutor – Unipar), Clayton Maranhão (Doutor – UFRRJ), Daniel Francisco Mitidiero (Pós-Doutor – UFRGS), Daniela Monteiro Gabby (Doutora – FGV Direito SP), Darcí Guimarães Ribeiro (Doutor – UNISINOS), Dierle José Coelho Nunes (Doutor – PUC-Minas), Diogo Rezende de Almeida (Doutor – FGV), Edison Vitorelli (Pós-Doutor – UFMG), Eduardo de Avelar Lima (Pós-Doutor – UFSC), Elton Venturi (Pós-Doutor – UFPR), Fernando da Fonseca Gajardoni (Doutor – USP), Flávia Pereira Hill (Doutora UERJ), Flávio Cheim Jorge (Doutor – UFES), Fredie Souza Didier Junior (Livres-Docente – UFBA), Georges Abboud (Doutor – FADISP), Graciela Iurk Marins (Doutora – UFRRJ), Gregório Assarga de Almeida (Pós-Doutor – UIT), Guilherme Botelho (Doutor – PUC-RS), Guilherme César Pinheiro (Doutor – PUC-Minas), Guilherme Peres de Oliveira (Doutor – PUC-SP), Gustavo Henrique Rigbi Ivahy Badaró (Livres-Docente – USP), Gustavo Osa (Doutor – UFRRJ), Janaina Noletto (Doutora – UFC), Joaquim Felipe Spadoni (Mestre – FESPAM), José Roberto Mello Porto (Doutorando – UERJ), Juliana Cordeiro de Faria (Doutora – UFMG), Leonardo Carneiro da Cunha (Pós-Doutor – UFPE), Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (Doutora – UNINOVE), Lucas Buriel de Macêdo (Doutor – UFPE), Luiz Henrique Volpe Camargo (Doutor – UCDB), Luiz Manoel Gomes Junior (Doutor – UNIPAR), Marcelo Ornellas Marchiori (Mestre – IDP), Márcio Bellocchi (Doutor – USP), Marco Félix Jobim (Pós-Doutor – PUC-RS), Marcos de Araújo Cavalcanti (Doutor – IDP), Marta Cristina Cury Saad Gimenes (Doutora – USP), Osmar Mendes Paixão Côrtes (Doutor – IDP), Pedro Miranda de Oliveira (Doutor – UFSC), Rafael Alves de Luna (Doutorando – UNICAP), Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa (Doutor – UFAM), Ravi Peixoto (Doutor – UNICAP-PE), Rodrigo Gomes de Mendonça Pinheiro (Mestre – IDP), Rodrigo Reis Maizes (Pós-Doutor – UFES), Rogéria Fagundes Dotti (Doutora – UFRRJ), Ronaldo Cramer (Doutor – PUC-Rio), Ronaldo Kochem (Doutor – UFRGS), Ruy Alves Henriques Filho (Doutor – UFRRJ), Sérgio Cruz Arenhart (Pós-Doutor – UFRRJ), Thais Amoroso Paschoal (Doutora – Universidade Positivo), Thiago Rodvalho (Doutor – PUC-RS), Vitor de Paula Ramos (Doutor – PUC-RS), Welder Queiroz dos Santos (Doutor – UFMT).

ISSN 0100-1981

# REVISTA DE PROCESSO

Ano 50 • vol. 359 • janeiro 2025

*Coordenação*  
TERESA ARRUDA ALVIM

*Publicação oficial do*  
Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP



Uso exclusivo – proibida a veiculação

**Revista  
dos Tribunais**



# REVISTA DE PROCESSO

Ano 50 • vol. 359 • janeiro 2025

## Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI e JULIANA MAYUMI ONO

*Diretores Responsáveis*

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia  
CEP 04533-085, São Paulo, SP, Brasil.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial,  
por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS  
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)  
Tel. 0800-702-2433

*e-mail* de atendimento ao consumidor: [sacrt@thomsonreuters.com](mailto:sacrt@thomsonreuters.com)  
*e-mail* para submissão dos originais: [aval.artigo@thomsonreuters.com](mailto:aval.artigo@thomsonreuters.com)  
Conheça mais sobre Thomson Reuters: [www.thomsonreuters.com.br](http://www.thomsonreuters.com.br)

Acesse o nosso eComm  
[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

Impresso no Brasil: [01-2025]  
Profissional  
Fechamento desta edição: [13.11.2024]



ISBN 978-65-260-1109-6

# IN MEMORIAM

## CONSELHEIROS DA *REVISTA DE PROCESSO* PERMANENTEMENTE HOMENAGEADOS POR ESTE PERIÓDICO

A. F. Cesarino Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Adolfo Gelsi Bidart (Uruguai), Adriano Marrey, Alcides de Mendonça Lima, Alcides Munhoz da Cunha, Alfredo Buzaid, Amauri Mascaro do Nascimento, Amílcar de Castro, Antonio Magalhães Gomes Filho, Ari Florêncio Guimarães, Arwed Blomeyer (Alemanha), Athos Gusmão Carneiro, Basileu Garcia, Bruno Affonso de André, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Carlos Eduardo de Carvalho, Cássio de Mesquita Barros Júnior, Celso Agrícola Barbi, Celso Neves, Celso Ribeiro Bastos, Cipriano Gómez Lara (México), Coqueijo Costa, Cristiano Chaves de Farias, Décio Mendes Pereira, Djalma Negreiros Penteadó, Domingos Franciulli Netto, Donaldo Armelin, Edoardo Garbagnati (Itália), Edoardo Ricci (Itália), Egas Dirceu Moniz Aragon, Elio Fazzalari (Itália), E. Tullio Liebman (Itália), Enrico Allorio (Itália), Enrique Vescovi (Uruguai), Fritz Baur (Alemanha), Galeno Lacerda, Gentil do Carmo Pinto, Geraldo Ataliba, Gian Antonio Micheli (Itália), Giuseppe Tarzia (Itália), Hamilton de Moraes e Barros, Haroldo Valladão, Héctor Fix-Zamudio (México), Hélio Tornaghi, Henrique Augusto Machado, Henrique Fonseca de Araújo, Hermínio Alberto Marques Porto, Hernando Devis Echandia (Colômbia), Humberto Briseño Sierra (México), Ignácio Medina (México), Italo Augusto Andolina (Itália), J. J. Calmon de Passos, Jacy de Assis, Jesús González Pérez (Espanha), João Afonso Borges, João de Castro Mendes (Portugal), Joaquim Canuto Mendes de Almeida, Jorge Antonio Zepeda (México), José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Ferreira de Oliveira, José Carlos Moreira Alves, José de Moura Rocha, José Frederico Marques, José Geraldo Rodrigues de Alckmin, José Ignácio Botelho de Mesquita, José Manoel de Arruda Alvim Netto, José Rodrigues Urraca (Venezuela), Jurandyr Nilsson, Karl Heinz Schwab (Alemanha), Lauro Malheiros, Lino Enrique Palácio (Argentina), Luís Antônio de Andrade, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Luiz Alberto Vieira (Uruguai), Luiz Kubinszky, Luiz Loreto (Venezuela), M. Seabra Fagundes, Magnólia Santiago Guerra, Márcio Martins Ferreira, Marcos Afonso Borges, Mario Vellani (Itália), Mathias Lambauer, Mauro Cappelletti (Itália), Michele Taruffo (Itália), Milton Evaristo dos Santos, Milton Luiz Pereira, Moacyr Amaral Santos, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Víctor Russomano, Odilon Ferreira Nobre, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Ovídio Baptista da Silva, Paulo Emilio Andrade de Vilhena, Plínio Neves da Cunha Cintra, Pontes de Miranda, Prieto Castro (Espanha), Rodrigo Barioni, Roger Perrot (França), Rogerio Lauria Tucci, Romeu Pires de Campos Barros, Ronaldo Porto Macedo, Roque Komatsu, Rubens Lazzarini, Rudolf Bruns (Alemanha), Sálvio de Figueiredo Teixeira, Santiago Sentis Melendo (Argentina), Sergio Chiarloni (Itália), Teori Albino Zavascki, Tomás Pará Filho, Victor Bomfim Martins, Victor Fairén Guilén (Espanha), Victor Nunes Leal, Vincenzo Vioriti (Itália), Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, Walter Fasching (Áustria), Willis Santiago Guerra, Wolfgang Grunsky (Alemanha).

# REVISTA DE PROCESSO

Ano 50 • vol. 359 • janeiro 2025

## *Diretores de Conteúdo e Operações Editoriais*

**ALEXANDRE FERREIRA MATTIOLI** e **JULIANA MAYUMI ONO**

## *Gerente de Conteúdo*

**ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES**

*Editorial:* Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio e Quenia Becker

*Analistas Editoriais:* Ariene Cristina Almeida do Nascimento, Emilly Costa Silva e Maria Eduarda Silva Rocha

## *Produção Editorial e Equipe de Conteúdo Digital*

### *Gerente de Conteúdo*

**MILISA CRISTINE ROMERA**

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Jéssica Viana Bezerra

*Analistas de Operações Editoriais:* Danielle Castro de Moraes, Izabella Alarcon, Mariana Plastino Andrade e Patrícia Melhado Navarra

*Analistas de Qualidade Editorial e ProView:* Ana Paula Cavalcanti, Gabriel George Martins, Gabriela Cavalcante Lino, Maria Carolina Ferreira, Maria Cristina Lopes Araujo, Rodrigo Araujo e Vinícius Pereira Santos

*Estagiárias:* Beatriz Parise Jatene Castello Branco e Rebeca Crespo Rangel

*Capa:* Andréa Cristina Pinto Zanardi

*Adaptação de capa:* Linotec

## *Líder de Inovações de Conteúdo para Print*

**CAMILLA FUREGATO DA SILVA**

## *Gerente de Operações e Produção Gráfica*

**MAURICIO ALVES MONTE**

*Analistas de Produção Gráfica:* Jéssica Maria Ferreira Bueno e Victória Menezes Pereira

*Diagramação eletrônica:* Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

*Impressão e encadernação:* DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99



# LINHA EDITORIAL

Toda a linha editorial da *Revista de Processo (RePro)* está ligada à produção de ensaios e artigos, reflexões críticas, pareceres emitidos no campo do processo, com ênfase especial na área do Processo Civil, tanto o individual quanto o coletivo, isto é, tanto o que se relaciona aos processos que envolvem interesses privados ou públicos, mas que produzem decisão que afeta apenas autor e réu, quanto aqueles que veiculam direitos metaindividuais, ou seja, de que são titulares grupos definidos (de profissionais, por exemplo) ou toda a sociedade.

Os trabalhos têm como marco normativo a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, além de leis de natureza processual localizadas fora do Código, como a lei que regula o mandado de segurança individual e coletivo.

A integração com os universos jurídicos de outros países respeita, por óbvio, as opções ideológicas e doutrinárias de cada qual, não fazendo qualquer tipo de restrição, mas servindo de canal para a difusão de ideias e a intensa reflexão sobre elas.

## O QUE SE BUSCA CONSTRUIR

A *Revista de Processo*, desde sua fundação, quer ser o espaço democrático em que se possam construir referenciais teóricos sólidos e críticos, voltados à consolidação do Estado Democrático de Direito, sob a égide da Constituição Federal.

## MÉTODOS

A coleta de material a ser submetido, muito frequentemente (70%), ao método do “duplo cego” é extremamente democrática, visto que a *RePro* é o veículo oficial de divulgação de estudos de processualistas ligados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), entidade fundada em 1958 e que congrega aproximadamente 500 juristas, que estão em todos os Estados da Federação, exercendo suas atividades acadêmicas em universidades públicas ou privadas ou na operação da atividade jurisdicional, na magistratura ou na advocacia.

Além dos associados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, todos quantos produzam textos de interesse e qualidade podem publicar na *RePro*, que não restringe ou delimita espaços culturais, por razões de qualquer natureza,



exatamente porque pretende ser a Revista que serve de veículo para os grandes marcos teóricos do Direito Processual Civil brasileiro, inclusive com o aporte da experiência latino-americana, ibero-americana e de outros países que tenham professores de destaque em suas universidades compondo o Conselho Editorial da *Revista de Processo*.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# APRESENTAÇÃO

## HISTÓRICO

A *Revista de Processo* nasceu em 1976, com o início do período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, que havia sido recentemente sancionado.

Seu papel histórico é reconhecido por todos os que operaram o conjunto de normas de Direito Processual, então recém-instituído: estudantes e profissionais nela tiveram seus principais marcos teóricos para a construção daquilo que veio a se constituir em um dos grandes referenciais do Direito Processual contemporâneo do mundo ocidental.

Mas a *Revista de Processo* não era apenas um canal para que as reflexões teóricas sobre o direito brasileiro e o resultado de sua aplicação na formação do referencial de trabalho do Poder Judiciário fossem divulgados e conhecidos pelos estudiosos que aqui no país mantinham sua luta pela prevalência de regras que, de algum modo, desafiavam o *status quo*. Em pleno período de restrição de direitos, a *Revista de Processo* publicava ensaios a respeito de temas desafiadores, como os direitos fundamentais processuais.

Nota-se, desde o começo de sua existência, a preocupação com a exogenia: no v. 6 (abr.-jun. 1977, mais de 40 anos atrás), por exemplo, há artigos de Edson Ribas Malachini (Paraná), Arnaldo Wald (Rio de Janeiro), Egas Moniz de Aragão (Paraná), José de Moura Rocha (Ceará), Antonio Vital Ramos de Vasconcelos (Brasília); de seis artigos, cinco são de pessoas de fora de São Paulo.

Ao lado dessa missão, a *RePro* promoveu a integração, inicialmente no plano latino-americano, depois no contexto ibero-americano e, mais recentemente, no contexto dos países emergentes, trazendo para seu conselho editorial professores respeitados em diversos países.

## O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em meados de 2009, o Senado Federal nomeou uma Comissão de Juristas com o encargo de ouvir a sociedade e construir um anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. O primeiro, diga-se de passagem, a ser discutido, votado e sancionado em ambiente democrático.

Essa Comissão, composta de juristas ligados às mais diferentes correntes ideológicas e doutrinárias, e oriundos de todas as regiões do país, fez inúmeras audiências públicas, ouviu setores representativos da sociedade e apresentou o anteprojeto ao Senado Federal: um anteprojeto com DNA democrático, como disse, a respeito, um autor não integrante da Comissão.

Sob a forma de Projeto, o texto foi discutido pelos Senadores, com o auxílio de outra Comissão de Juristas. Aprovado, foi para a Câmara. Lá, houve longa e democrática discussão, da qual participaram não apenas deputados, mas também professores, juízes, advogados, promotores, defensores e procuradores, que foram ouvidos pelos membros de Comissão Especial. Aprovado, o Projeto voltou ao Senado para análise das alterações feitas pela Câmara. Mais uma vez, a comunidade acadêmica e os operadores das profissões jurídicas foram chamados. Houve, finalmente, sua aprovação pelo Senado e a remessa para a Presidência da República.

Pouco tempo antes de o novo Código entrar em vigor, redigiu-se o que veio a ser a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016, aprovada junto com a Lei 13.105/2015. Essa Lei fez algumas alterações na versão original do Código. Infelizmente, como veio a comentar a doutrina logo depois, e como comenta até hoje, muitos ajustes precisariam ter sido feitos no corpo do Código para que se criasse um todo harmônico. Isso veio a dar muito mais trabalho para os estudiosos do processo, porque o Código em vigor já nasceu tendo um certo aspecto de “colcha de retalhos”, como era o anterior. No art. 1.021, por exemplo, não se explicitou que o agravo interno, a partir da Lei 13.256, caberia não só dos atos do relator, como dos atos do presidente e do vice-presidente dos Tribunais de 2º grau, que não admitem o recurso especial ou recurso extraordinário, por razões ligadas à necessidade de respeito a precedentes.

Interferiu-se profundamente, com essa Lei, no juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, mas também fizeram alterações pontuais, como dizer que a ordem cronológica da conclusão deveria ser respeitada preferencialmente para que se profiram acórdão ou sentenças. Acrescentou-se mais uma hipótese de cabimento de ação rescisória, que, na verdade, de rigor, já estava contida no inciso V, mas foi explicitada para dar mais vigor ao sistema de precedentes. Como se criou mais uma hipótese de cabimento de reclamação, esse dispositivo também foi alterado. A decisão do recurso extraordinário (no regime da repercussão geral) tornou-se precedente vinculante. Também merece menção a exclusão propositada de algumas das hipóteses de cabimento de recurso de embargos de divergência.

A então Presidente Dilma Rousseff sancionou as Leis 13.105/2015 e 13.256/2016, que formam, ambas, o novo Código de Processo Civil.

Esse contexto histórico é relevantíssimo, pois o mesmo espaço democrático de reflexão e construção de paradigmas teóricos de 1973 vem servindo de ambiente

para novas reflexões e para que se estabeleçam novos marcos teóricos, ligados aos institutos antigos que o legislador democraticamente renovou, ou a novos institutos, todos voltados à necessidade de se conferir mais efetividade à atividade jurisdicional.

Mais uma vez, como ocorreu com a entrada em vigor do CPC de 1973, a *Revista de Processo* vem desempenhando um papel importante na discussão de novas teses e no alcance dos dispositivos do novo Código, colocando lado a lado opiniões de juristas de diferentes escolas de direito, de Estados diversos da Federação, com variadas visões do processo e do direito.

## ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Embora ainda muito jovem, o CPC de 2015 já sofreu inúmeras alterações!

No final de 2016, entrou em vigor a Lei 13.363, de 25 de novembro, que alterou o art. 313 do Código para acrescentar alguns incisos, prevendo, por exemplo, a possibilidade de suspensão do processo como decorrência de parto ou de adoção, quando a advogada responsável pelo processo for a única patrona da causa, ou quando o advogado, estendendo este benefício ao homem, tornar-se pai. O dispositivo disciplina a forma de contagem de prazo, os prazos diferenciados para o pai e para a mãe etc.

Em julho de 2017, entrou em vigor a Lei 13.465, de 11 de junho, que criou uma nova incumbência ao exequente: a de requerer a intimação do titular da construção base, bem como, se for o caso, do titular de laje, quando a penhora recair sobre direito real de laje; e a intimação do titular das lajes quando a penhora recair sobre a construção base.

Em 2019, a Lei 13.793, de 3 de janeiro, acrescentou o § 5º ao art. 107, do Código de Processo Civil, dizendo-se que o inciso primeiro do *caput* se aplica também aos processos eletrônicos. Ainda, no mesmo ano, criou-se, pela Lei 13.894, de 29 de outubro, uma hipótese de competência no caso de vítima de violência doméstica e familiar, bem como uma nova hipótese de intervenção do Ministério Público em processos em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, que terá prioridade de tramitação em qualquer juízo ou Tribunal.

Em 2021, pela Lei 14.133, de 1º de abril, incluiu-se no ordenamento jurídico uma outra hipótese de tramitação prioritária, consistente nos casos em que se discute a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação, a que faz referência o inciso XXVII do *caput* do art. 22 da Constituição Federal.

A Lei 14.195, de 26 de agosto de 2021, inovou no que diz respeito à necessidade de comunicação durante o processo, criando, por exemplo, o dever de as partes

manterem atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário. Criou-se, v.g., também, regra no sentido de que o prazo para contestação começa a correr no 5º dia útil seguinte à confirmação da citação pela internet. Foi estabelecido, também, o dever de que a citação ocorra em até 45 dias a partir da propositura da ação. Talvez o que há de mais importante nessa Lei seja a inversão da preferência dos tipos de citação, tendo sido colocada a citação eletrônica em primeiro lugar e devidamente disciplinado o seu procedimento.

Foi alterada, também, a disciplina da suspensão do processo de execução, tendo havido mudanças quanto à forma de contagem da prescrição.

Finalmente, entrou em vigor a Lei 14.341, de 18 de maio de 2022, alterando a forma de representação do município, estabelecendo a regra de que a representação judicial do município pela Associação de Representação de Municípios somente poderá ocorrer em processos em que se discutem questões de interesse comum dos municípios associados, dependendo de autorização do chefe do Poder do Executivo municipal, com a indicação específica do direito ou da obrigação que será objeto da medida judicial manejada.

Não se sabe se o legislador realmente não descansa ou se, talvez, o Código devesse ter demorado mais tempo para sair, para que pudesse ter sido objeto de uma reflexão mais demorada. Quantas alterações! Entretanto, felizmente, o Brasil é um país de grandes processualistas! Que têm talento, sensibilidade e uma vontade, que brota das entranhas, de estudar a legislação, de ler os clássicos, de se informar sobre o que escrevem os juristas mais jovens, para imprimir uma forma sistemática ao processo civil brasileiro, ainda que isto, às vezes, seja feito a duras penas.

Por isso é que a *Revista de Processo*, já há algum tempo, é mensal: para conseguir absorver e dar publicidade a todos os excelentes trabalhos cuja leitura é absolutamente imprescindível tanto para o teórico, cujo deleite é saborear as formas de se resolver as dificuldades criadas pelo legislador e pela jurisprudência, tentando resolvê-las, quanto para o prático, para aqueles que têm contato com o dia a dia do direito, que precisam se sair bem nas suas atividades profissionais, quer como juiz, quer como advogado, como promotor, como defensor público etc.

Não é demais lembrar que a *Revista de Processo* trata também dos *Meios Adequados para a Solução de Conflitos*, antes conhecidos como *Meios Alternativos para a Solução de Conflitos*, que são a arbitragem, a negociação, a mediação, a conciliação etc. Também os instrumentos de *litigância coletiva*, abrangendo o *processo estrutural*, têm um espaço reservado na nossa revista, já que se trata de tema atualíssimo e muito relevante, uma vez que esses instrumentos têm potencial de, efetivamente, pôr fim a muitos problemas com os quais sofre o nosso país. Processo Eletrônico e Cooperação Internacional entre Poderes Judiciais também são temas recorrentes.

O direito comparado também merece um lugar de destaque, bem como a história do direito.

A *Revista de Processo* segue, desde 1976, sendo um espaço democrático de discussões. Não é uma revista que tenha uma “linha”: para que um trabalho seja publicado, basta que seja de boa qualidade.

Hoje, podemos contar com um qualificadíssimo grupo de professores que integram o time que faz a avaliação dos trabalhos enviados no sistema do “duplo cego” (*double blind peer review*). Esta é, seguramente, uma forma de se oxigenar a revista e de se fazer com que nenhum tipo de viés subjetivo possa interferir na seleção dos trabalhos que são, afinal, publicados.

Publicam-se trabalhos de todo o Brasil, de todas as universidades, e esse grupo de professores, antes mencionado, é formado de estudiosos também egressos de universidades de todo o país. A *Revista de Processo – RePro* – é uma revista genuinamente nacional!

É com muito orgulho que desde o n. 28 coordeno a *Revista de Processo*, tendo sucedido meu pai nesta atividade. Enquanto ele era vivo, isto é, até setembro de 2021, sempre o fizemos ouvindo os seus conselhos e seguindo as suas recomendações.

TERESA ARRUDA ALVIM

Uso exclusivo – proibida a veiculação



# SUMÁRIO

<i>IN MEMORIAM</i> .....	5
LINHA EDITORIAL.....	7
APRESENTAÇÃO.....	9
<b>TEORIA GERAL DO PROCESSO</b>	
A fundamentação das decisões e o livre convencimento motivado após as modificações do CPC/2015 <i>Rationale for decisions and free convection motivated after the changes to CPC/2015</i>	
ALINE RODRIGUES DE LOURDES e CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA .....	21
Perfil histórico da representação e da substituição processual <i>Profilo storico della rappresentanza e dela sostituzione processuale</i>	
HEITOR VITOR MENDONÇA SICA.....	47
A interrupção da prescrição pela citação de terceiro não responsável pelo dano: análise do REsp 2.046.955/RJ <i>Interruption of the prescription due to the citation of a third party not responsible for the damage: analysis of REsp 2,046,955/RJ</i>	
JOSUE DE SOUSA LIMA JR. e LARISSA BRAGA COSTA DE OLIVEIRA LIMA.....	73
<b>PROCESSO DE CONHECIMENTO (FASE COGNITIVA)</b>	
A unificação objetiva da coisa julgada principal com a questão prejudicial de mérito – O desuso da ação declaratória incidental pelo CPC de 2015 <i>L'oggettiva unificazione della cosa giudicata principale con la provocazione di merito – Il disuso dell'azione dichiaratoria accidentale da parte del CPC del 2015</i>	
DANIEL MOURA NOGUEIRA.....	105

## PROCESSO DE CONHECIMENTO (DIREITO PROBATÓRIO)

Ônus da prova: a relevância da sua distribuição para orientar o comportamento das partes – Parte I

*Burden of proof: the relevance of its allocation to guide parties' behaviour – Part I*

ADRIANO CAMARGO GOMES ..... 147

Valoração da prova digital: entre a desconfiança e a crença

*Valuation of digital evidence: between distrust and belief*

LUÍZA GUIMARÃES CAMPOS BATISTA GOMES e ANDRÉ RICARDO GODOY DE SOUZA ..... 175

Prova documental: é possível documentar a realidade?

*Documentary proof: is it possible to document reality?*

MARIA EDUARDA ARNAU RODRIGUES ..... 209

## MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os impactos do plenário virtual no poder de pauta do presidente do Supremo Tribunal Federal: ampliação do acesso à justiça por uma via transversa?

*The impacts of the virtual plenary on the agenda-setting power of the Supreme Court's chief Justice: increasing access to justice by a transverse route?*

ISABELLE ALMEIDA VIEIRA PICCINI ..... 231

O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes

*The applicability of "Embargos de Divergência" in the event of change in the composition of the collegiate that made the embarged decision (art. 1,043, § 3º, CPC(2015) and the Brazilian precedents model*

WILLIAM SANTOS FERREIRA, CRISTIANE DRUVE TAVARES FAGUNDES e LAURA CARDOSO KALIL VILELA LEITE ..... 257

## TUTELA DIFERENCIADA

A indisponibilidade de defesa técnica na ação de improbidade administrativa e o papel da Defensoria Pública na garantia da ampla defesa em processos punitivos não penais

*The unavailability of technical defense in administrative improbity action and the role of the public defense in guaranteeing ample defense in non-criminal punitive proceedings*

FLÁVIO CHEIM JORGE e DOUGLAS ADMIRAL LOUZADA ..... 287

Atualidades sobre a ação reivindicatória <i>News about the claim action</i>	
GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA.....	313
Tutela provisória em direito societário <i>Provisional measure in corporate law</i>	
LEONARDO COSTA NORAT.....	341

## **DIREITO JURISPRUDENCIAL – PRECEDENTES VINCULANTES, JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE, SÚMULAS E TEMAS AFINS**

Modelos decisórios na atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: uma análise do discurso crítica na ADPF 635 <i>Decision-making models in the structural performance of the Federal Supreme Court: a critical discourse analysis in ADPF 635</i>	
ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA, EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA e FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA .....	375
A necessidade de critérios-base para a relação entre inteligência artificial e precedentes judiciais repetitivos <i>The need for base criteria for the relationship of artificial intelligence and repetitive judicial precedents</i>	
JULIANA DAL MOLIN DE OLIVEIRA LEMOS.....	405

## **PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos <i>Transformations of judicial review in Brazil: legitimacy, object and effects</i>	
MATHEUS CASIMIRO, PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO e EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA.....	445

## **DIREITO ESTRANGEIRO E COMPARADO – GENERALIDADES**

Acesso à justiça, advogados públicos e privados – especialmente a Defensoria Pública e a litigância predatória – Brasil – Itália <i>Access to justice, public and private lawyers – especially the Public Defender's Office and predatory litigation – Brazil – Italy</i>	
TERESA ARRUDA ALVIM.....	473

## MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – ADR

Arbitragem notarial

*Arbitrato notarile*

GUSTAVO HENRICHS FAVERO ..... 499

Histórico do direito processual civil brasileiro, jurisdição e desenhos normativos da conciliação

*History of Brazilian civil procedural law, jurisdiction and normative designs for conciliation*

LUCAS LOPES DÓRIA FERREIRA ..... 521

## HOMENAGENS

Discurso por ocasião da entrega do título de Professor Emérito da PUC-SP

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR..... 559

Academia Brasileira de Letras Jurídicas

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR..... 563

## ACÓRDÃOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministério Público possui legitimidade para propor ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos ..... 575

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausência de publicação da pauta de julgamento em órgão oficial, mesmo que virtual, resulta em nulidade do julgamento..... 577

Não são devidos honorários advocatícios sucumbenciais se o processo for extinto sem resolução de mérito e não houver atuação dos advogados da parte vencedora..... 579

É exigível e líquida a quantia que o devedor reconhece e expressamente declara como devida ..... 581

## ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

Índice de Temas..... 585

Índice de Autores..... 587

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORMAL INÉDITA ..... 591

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# Teoria Geral do Processo

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO APÓS AS MODIFICAÇÕES DO CPC/2015

*RATIONALE FOR DECISIONS AND FREE CONVECTION MOTIVATED  
AFTER THE CHANGES TO CPC/2015*

**ALINE RODRIGUES DE LOURDES**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Estado de Mato Grosso. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito do Trabalho Contemporâneo da Faculdade de Direito da UFMT. [aline.r.lourdes@gmail.com](mailto:aline.r.lourdes@gmail.com)

**CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA**

Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil Contemporâneo da FD/UFMT. Coordenador da Pós-Graduação em Direito do Agronegócio da FD/UFMT. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil Contemporâneo da FD/UFMT. Líder do Grupo de Pesquisa Aplicado ao Agronegócio da FD/UFMT. Coordenador-Adjunto do Laboratório de Direito Civil Contemporâneo da FD/UFMT. Membro da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – Iberc. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCONT. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos do Agronegócio – IBEA. Titular da Cadeira 16 da Academia Mato-grossense de Direito – AMD. Advogado. [carlos.souza@ufmt.br](mailto:carlos.souza@ufmt.br)

Recebido em: 01.07.2024  
Aprovado em: 06.08.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil

**RESUMO:** O artigo se propõe a analisar os reflexos das modificações introduzidas pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015 acerca do dever da fundamentação das decisões judiciais e o sistema do livre convencimento motivado a partir de uma perspectiva ampla e doutrinária. Apresenta-se ainda uma abordagem de precedentes dos entendimentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, após as alterações significativas trazidas pela reforma do CPC. Objetivou-se também verificar existência de eventual padrão de recepção dessas normas na prática jurídica, assim como os seus possíveis fatores determinantes.

**ABSTRACT:** The article proposes to analyze the consequences of the changes introduced by the Civil Procedure Code (CPC) of 2015 regarding the duty to justify judicial decisions and the system of free conviction motivated from a broad and doctrinal perspective. A precedent-setting approach to the understandings adopted by the Superior Court of Justice is also presented, after the significant changes brought about by the reform of the CPC. The objective was also to verify the existence of a possible pattern of reception of these norms in legal practice, as well as their possible determining factors.



**PALAVRAS-CHAVE:** Decisão judicial – Discretionariedade – Devido processo legal – Fundamentação das decisões judiciais – Livre convencimento motivado.

**KEYWORDS:** Judicial decision – Discretionary – Due process – Basis for judicial decisions – Free motivated conviction.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Contornos da fundamentação da decisão judicial a partir do art. 489, § 1º, do CPC/2015. 3. Permanência ou total desaparecimento do livre convencimento motivado nas fundamentações das decisões judiciais sob a égide do CPC/2015. 4. As decisões judiciais como instrumento integrador dos direitos fundamentais. 5. Um panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do dever de fundamentação das decisões. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas. 8. Legislação. 9. Jurisprudência.

## 1. INTRODUÇÃO

A partir da concepção de um Estado Democrático de Direito, a obrigação estatal (do Poder Judiciário) de fundamentar suas decisões configura-se como um pilar essencial para a transparência, a legitimação e a justiça, mitigando a influência da subjetividade nos julgamentos.

Esse compromisso, reconhecido e consolidado pela Constituição Federal de 1988, no art. 93, inc. IX, estabelece a fundamentação das decisões judiciais como um dever inafastável, cuja inobservância acarreta a nulidade do ato.

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), reforçando a premissa do dever de fundamentação das decisões, no art. 489, § 1º, introduziu inovações substanciais que detalham o que constituiu a ausência de fundamentação adequada, estabelecendo o conteúdo mínimo para que uma decisão seja considerada devidamente fundamentada.

Este artigo visa discutir pontualmente sobre a evolução e os desafios na fundamentação das decisões judiciais, em um contexto em que tais decisões não apenas refletem, mas também moldam os direitos processuais fundamentais e desempenham um papel vital na democratização da jurisdição.

A exigência constitucional de fundamentação, objetiva assegurar que as decisões emanem do diálogo das partes, prevenindo julgamentos unilaterais que possam desvirtuar o processo legal.

Através do prisma das inovações trazidas pelo CPC/2015, especialmente aquelas previstas no art. 489, § 1º, este trabalho busca explorar como tais mudanças influenciam na prática jurídica, realçando a transição para um paradigma de maior rigor argumentativo e explicitação nas decisões judiciais.

A partir das inovações trazidas pelo CPC/2015 voltadas à extinção das práticas judiciais incompatíveis com o princípio do devido processo legal, observa-se que o

sistema do livre convencimento motivado, embora teoricamente superado, com a redação do art. 371, persiste na prática jurídica, destacando-se nas instâncias superiores. Esse fenômeno revela a complexidade da plena implementação das normas de fundamentação e desafia a harmonia entre a teoria e a prática jurídica.

Ao elucidar essa discrepância através das ementas representativas, o presente estudo busca contribuir para o debate sobre a efetivação da fundamentação das decisões judiciais, enfatizando a importância de superar práticas obsoletas em favor de uma jurisdição verdadeiramente democrática e fundamentada.

A pesquisa, que foi realizada com a metodologia de abordagem qualitativa, guiada pelo método indutivo e pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, foi construída em quatro seções diferentes.

A primeira objetiva apreciar os contornos da fundamentação da decisão judicial a partir do que o Código de Processo Civil de 2015 prometeu a contar da redação do seu art. 489, § 1º.

A segunda seção, por sua vez, foca a sua atenção para o livre convencimento motivado como parâmetro decisório, de forma a se observar se é possível se entender que ele permanece entre nós ou que se encontraria totalmente desaparecido.

Seguindo, a terceira seção objetiva apresentar a correlação das decisões judiciais como instrumentos integradores dos direitos fundamentais.

A quarta e última seção objetiva, a partir de critérios metodológico-científicos bem definidos, compreender qual é o panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do dever de fundamentação das decisões, a fim de se verificar se as hipóteses lançadas para o problema proposto se confirmaram a partir da análise dos resultados selecionados.

## 2. CONTORNOS DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO ART. 489, § 1º, DO CPC/2015

A fundamentação das decisões judiciais constitui tema de significativa relevância, na medida em que simultaneamente representa uma exigência imposta ao julgador e um direito assegurado ao jurisdicionado, conforme expressamente estabelecido na Constituição Federal, em seu art. 93, inc. IX<sup>1</sup>.

1. Art. 93 [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O Código de Processo Civil (CPC/2015), especificamente em seu art. 489, § 1º, introduziu importantes inovações ao detalhar as circunstâncias sob as quais uma decisão judicial não será considerada como devidamente fundamentada, traduzindo-se como o conteúdo mínimo da fundamentação da decisão.

A partir das abordagens trazidas pelo CPC/2015, observa-se uma busca pela concretização do mandamento constitucional de fundamentação das decisões<sup>2</sup>, cuja exigência é indispensável em um Estado Democrático de Direito, assegurando que nenhuma pessoa seja afetada em seus direitos sem que haja uma clara exposição das razões jurídicas que sustentam a intervenção. Essa exigência destaca a importância de que as decisões sejam acompanhadas de justificativa que permitam, não apenas a compreensão das motivações do Estado, mas também o desenvolvimento de um diálogo argumentativo baseado na interpretação dos textos legais<sup>3</sup>.

O dever de fundamentar uma decisão transcende a mera exposição de um motivo desvinculado, exigindo a articulação clara de sua conexão com o caso em análise, as evidências fornecidas e a legislação pertinente. Essa complexidade é ressaltada por Nelson Nery Junior, que define fundamentação como o processo pelo qual o juiz expõe as motivações fáticas e jurídicas que o levaram a proferir a decisão de tal forma<sup>4</sup>.

Considerando a intenção do CPC/2015 em materializar o princípio constitucional que exige a devida fundamentação das decisões judiciais, reconhece-se que a estrutura argumentativa serve como alicerce essencial para a legitimidade das decisões proferidas. A esse propósito, destaca-se a perspectiva de Alexandre Freitas Câmara<sup>5</sup>, que apresenta as seguintes lições relevantes sobre o tema:

2. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2022, p. 6) esclarece que: “Nos procedimentos em geral se encontram presentes princípios fundamentais do processo civil. Em primeiro lugar, o princípio da inércia (artigo 2º), ou seja, o processo depende de iniciativa das partes. Em segundo lugar, o princípio do contraditório participativo e cooperativo (artigos 6º e 7º), que congrega todos os participantes do processo e abrange não só o direito de defesa propriamente dito, mas também o direito à prova e à sentença fundamentada (artigos 11 e 489, § 1º, incisos I a VI).”
3. KREPSKY, Giselle Marie. Decisão judicial e argumentação: limites da fundamentação sob uma observação sistêmica. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, maio-ago. 2021. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/54326]. Acesso em: 01.02.2024. p. 249.
4. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 327.
5. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 272.

“Este é um ponto essencial: fundamentar é justificar. É que a *decisão precisa ser legitimada democraticamente, isto é, a decisão precisa ser constitucionalmente legítima*. Para isso, é absolutamente essencial que o órgão jurisdicional, ao decidir, aponte os motivos que justificam constitucionalmente aquela decisão, de modo que ela possa ser considerada a decisão correta para a hipótese.” (Grifos nossos).

Nesse contexto, é relevante destacar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já proferiu entendimentos que reforçam o conceito doutrinário mencionado, enfatizando que a fundamentação adequada dos atos decisórios constitui um requisito constitucional indispensável para a validade e efetividade das decisões judiciais. A omissão em atender à exigência estabelecida pelo art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, ao constituir uma violação significativa de natureza constitucional, compromete diretamente a legalidade da decisão, acarretando invariavelmente sua nulidade<sup>6</sup>.

O dever de fundamentação das decisões judiciais também interage profundamente com outros direitos processuais fundamentais, estando intrinsecamente ligado ao exercício do contraditório<sup>7</sup> e da ampla defesa. Isso ocorre porque a apresentação detalhada dos motivos que embasam a decisão judicial cria a base necessária para que a parte interessada possa contestar e argumentar contra essa decisão. Dessa forma, a articulação de uma defesa coerente e substanciada depende igualmente da presença da fundamentação adequada<sup>8</sup>.

---

6. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 80.892, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, 16.10.2001. Disponível em: [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495526>]. Acesso em: 08.02.2024. “[...] A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.”

7. É esclarecedora a lição de Fernando da Gajardoni et al. (2022, p. 18), de que: “O contraditório nessa nova conformação, mormente no último elemento do seu trinômio estruturante (consideração), liga-se imediatamente com a motivação dos provimentos jurisdicionais, no que este não pode desconsiderar dos elementos aportados pela manifestação das partes (arts. 11 e 489, § 1.º). Noutras palavras, o contraditório, para ser efetivo, encontra na motivação sua razão última, seu fecho final. A dependência inicial do magistrado à iniciativa das partes, no aportar as questões a serem examinadas (v.g., arts. 2.º, 141, 177, 1.002 e 1.013), persiste na obrigação de dar a devida atenção”.

8. CHAVES, Paulo Henrique da Silveira. A fundamentação da decisão judicial sob a ótica do artigo 489, § 1º, IV do Código de Processo Civil e precedentes do Superior Tribunal de

Infere-se que, com o objetivo de estabelecer estreita relação entre os direitos processuais fundamentais, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu diretrizes detalhadas para a fundamentação das decisões judiciais, introduzindo a exigência do que a doutrina convencionou em nomear de conteúdo mínimo da fundamentação, especificado no art. 489, § 1º, e seus seis incisos.

Essa disposição busca prevenir fundamentações genéricas e abstratas<sup>9</sup>, exigindo que sejam pertinentes e concretas, sob pena de nulidade por insuficiência de fundamentação. Embora as disposições trazidas nos incisos do art. 489, § 1º, norteiem o conteúdo mínimo da fundamentação das decisões, é importante ressaltar que a conformidade com esses incisos não garante automaticamente a adequação da fundamentação; outras falhas e vícios podem ainda violar o dever de fundamentação adequado. Assim, enquanto o art. 489, § 1º, esclarece os critérios para a fundamentação apropriada, ele não esgota as condições para uma fundamentação judicial ser considerada devidamente fundamentada<sup>10</sup>.

Nesse sentido, lecionam Marinoni e Mitidiero<sup>11</sup>:

“Se o contraditório significa dever de diálogo e tem por objetivo influir no convencimento judicial, então é evidente que a sua última expressão está na apreciação séria e detida, na motivação da decisão, dos fundamentos arguidos pelas partes em suas razões processuais.”

Ademais, reconhecendo a complexidade inerente à obrigação de fundamentar as decisões judiciais, Humberto Theodoro Júnior destaca: “Quanto à exigência de

---

Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, n. 2, 2020. Disponível em: [<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/187>]. Acesso em: 01.02.2024. p. 143.

9. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2022, p. 78) leciona que “o juiz deverá enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, sejam de fato, de direito, de existência de jurisprudência consolidada, para justificar as suas conclusões, motivando tanto os argumentos a favor, quanto aqueles contrários à sua decisão, a qual deverá ser interpretada segundo a conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (§ 1º, inciso IV e § 3º, artigo 489).”
10. CARDOSO, Oscar Valente. A fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil: quatro aspectos e conteúdo mínimo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21, n. 125, out. 2019/jan. 2020. Disponível em: [<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1826>]. Acesso em: 03.02.2024. p. 551-554.
11. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 128.

fundamentação das decisões judiciais, trata-se, a um só tempo, de princípio processual, dever do juiz, direito individual da parte e garantia da Administração Pública<sup>12</sup>.

Assim, constitucionalmente estabelecido, enquanto princípio, a fundamentação das decisões exige que os órgãos jurisdicionais justifiquem suas decisões sob pena de nulidade, cuja exigência decorre do princípio do devido processo legal, constituindo um elemento crucial na comunicação formal do magistrado com as partes, conforme determina o CPC/2015 em seu art. 489, § 2º.

Além disso, as partes têm o direito de influenciar a resolução judicial e exigir que sua contribuição seja considerada, promovendo-se assim um processo judicial democrático<sup>13</sup>. Esse requisito ainda transcende a proteção processual oferecendo um mecanismo político para a fiscalização e manutenção da jurisdição, assegurando a legalidade e prevenindo abusos por parte do juízo.

A fundamentação das decisões judiciais, além de ser essencial para assegurar outros direitos processuais fundamentais, desempenha um crucial papel na democratização da atividade jurisdicional, conforme estabelecido na Constituição Federal (art. 93, IX).

A norma constitucional visa garantir que as decisões judiciais sejam resultado da argumentação das partes envolvidas prevenindo interpretações unilaterais e subjetivas por parte do juiz, o que por conseguinte, significa dizer, evita decisões discricionárias e arbitrárias.

O processo democrático exige que o direito seja legitimado por meio do processo judicial, considerado um mecanismo de manifestação da vontade democrática da sociedade, afastando a ideia do magistrado como ente supremo e detentor exclusivo do conhecimento jurídico e saber universal. Assim, o princípio do contraditório, juntamente com outros direitos processuais fundamentais está intrinsecamente ligado à exigência da fundamentação da decisão. Em um Estado Democrático de Direito, o contraditório transcende a mera formalidade e assume o papel de garantir que as partes tenham voz ativa no processo, contribuindo para fundamentação

---

12. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 122.

13. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

das decisões judiciais e possibilitando o controle e limites sobre a argumentação do juiz. Portanto, a observância da fundamentação é um indicativo de que o contraditório foi respeitado no processo<sup>14</sup>.

A exigência da fundamentação das decisões judiciais é intrinsecamente ligada à estrutura do Estado Democrático de Direito. Assim, conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno<sup>15</sup>, independentemente de explicitação desse requisito no art. 93, incs. IX e X, da Constituição Federal, a ausência de motivação em decisões judiciais seria incompatível com o modelo constitucional brasileiro. Essa obrigação constitucional, especialmente considerada sob o princípio da publicidade, reforça a posição doutrinária de que o processo civil no Brasil rejeita decisões implícitas, ou seja, decisões que não abordem explicitamente e fundamentem as questões em debate.

Dessa forma, identifica-se que o dever de fundamentação das decisões judiciais emerge como uma temática de vasta abrangência, ancorada na Constituição e permeando múltiplos direitos processuais essenciais. Simultaneamente, constitui-se como um princípio processual, um dever do magistrado, um direito assegurado às partes envolvidas e uma garantia da Administração Pública. Além disso, a construção argumentativa atua como pilar fundamental para a validade das decisões emitidas, estabelecendo um vínculo direto com os pilares do Estado Democrático do Direito.

### 3. PERMANÊNCIA OU TOTAL DESAPARECIMENTO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NAS FUNDAMENTAÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB A ÉGIDE DO CPC/2015

O Código de Processo Civil vigente, promulgado pela Lei 13.105/2015, objeto de significativas alterações, ao que se observa, cuidou em aperfeiçoar e compatibilizar a legislação processual civil às premissas constitucionais, mormente porquanto o seu antecessor foi instituído em 11 de janeiro de 1973, pela Lei 5.869.

A preocupação dos juristas e estudiosos envolvidos visando à harmonização e atualização do Código de Processo Civil é evidenciada por diversos postulados presentes no anteprojeto, destacando-se, entre essas, a justificativa apresentada para a elaboração de uma nova legislação processual, disposta como a meta em alcançar a

---

14. FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões no estado democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, v. 01, 2010. Disponível em: [<https://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>]. Acesso em: 04.02.2024. p. 129-132.

15. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1. p. 171.



“harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República”, o que, por conseguinte, se alinha e possibilita que seja assegurado a concretização dos direitos fundamentais como premissas de um Estado Democrático de Direito.

Sob esse contexto, emergiu como uma das questões mais discutidas o debate sobre a fundamentação das decisões, impulsionado pelas inovações introduzidas pelos incisos do art. 489, § 1º, que estabelecem os critérios mínimos para a fundamentação das decisões, influenciando significativamente a prática jurídica e repercutindo em diversos aspectos do código. Um dos pontos de destaque é a abordagem do princípio do livre convencimento motivado, previamente articulado no art. 131 do Código de Processo Civil de 1973, ressaltando a evolução na exigência de uma base argumentativa sólida e explícita nas decisões judiciais.

Conforme observado, embora o princípio da fundamentação das decisões esteja consagrado na Constituição Federal de 1988, foi com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil que se evidenciou um esforço legislativo específico para esclarecê-lo. Esse desempenho visa eliminar a prática de decisões judiciais emitidas de maneira discricionária e arbitrária, que não se alinham aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito<sup>16</sup>.

No entanto, observa-se que persiste um desafio na interpretação adequada do dever de fundamentar as decisões, refletido na continuidade do sistema do livre convencimento motivado. Assim, apesar de aparentemente ter sido eliminado pela nova legislação, esse regime continua sendo adotado pelo Poder Judiciário, o que se mostra incompatível com a exigência de fundamentação das decisões judiciais, sendo inadmissível sua aplicação em um contexto de harmonia e democracia.

A respeito desse sistema, leciona Fredie Didier Junior<sup>17</sup>:

“O CPC-1973 enunciava que o juiz “apreciará livremente a prova”. O CPC atual não mais de vale do advérbio “livremente”. Não é por acaso. A valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma série de limitações [...]. Além disso, o adjetivo “livre” era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse. Todas as referências ao “livre convencimento motivado” foram extirpadas do

- 
16. FREITAS, Gabriela Oliveira. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Brasília, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2016. Disponível em: [www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdao/article/view/424]. Acesso em: 08.02.2024. p. 174-175.
  17. DIDIER JR., Fredie. *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: JusPodivm, 2015. p. 102-103.

*texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado: isso é quanto basta para a definição do sistema de valoração da prova pelo juiz adotado pelo CPC-2015.” (Grifos nossos).*

As disposições estabelecidas pelo art. 131 concediam ao magistrado a prerrogativa de avaliar as provas livremente, considerando os fatos e as circunstâncias presentes nos autos, independentemente de terem sido ou não mencionados pelas partes envolvidas. Essa disposição legal por muito tempo conferiu uma base legítima para que o juiz exercesse seu julgamento de acordo com sua consciência.

Observa-se, contudo, a rigor do que leciona Lenio Streck<sup>18</sup>, que a expressão de julgar “conforme sua consciência” ou “em busca de justiça” reflete um paradigma arraigado no pensamento jurídico. Todavia, a expectativa dos cidadãos é de que suas demandas sejam analisadas e resolvidas de acordo com um direito preexistente e fundamentado. Portanto, não se trata de invocar um direito construído posteriormente, mas de reconhecer e aplicar princípios que se originam de uma narrativa estabelecida e reconhecida historicamente.

Nesse sentido, Lenio Streck argumenta que existe um direito fundamental à obtenção de uma fundamentação judicial que seja coerente com os preceitos constitucionais, reconhecendo que, embora cada juiz possua suas convicções e visões ideológicas, a decisão judicial não deve ser um reflexo de subjetivismos pessoais. É imperativo que a fundamentação empregada pelo magistrado demonstre que a decisão foi baseada em argumentações principiológicas, distanciando-se de influências não estritamente jurídica.

Em outro estudo, ao lecionar acerca do livre convencimento motivado, Lenio Streck afirma que,

“em plena vigência da Constituição de 1988, o próprio resultado do processo dependerá do que a consciência do juiz indicar, pois a gestão da prova não se dá por critérios intersubjetivos, devidamente filtrados pelo devido processo legal, e, sim, pelo critério inquisitivo do julgador.”<sup>19</sup>

- 
18. STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law – EJLL*, Joaçaba, v. 17, n. 3, set./dez. 2016. Disponível em: [<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>]. Acesso em: 08.02.2024. p. 727-729.
  19. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 21.

Inferese, portanto, que o Código de Processo Civil trouxe mudanças significativas através da redação do art. 371, com o objetivo de eliminar as práticas judiciais que não se alinhavam com os princípios do devido processo legal, destacando-se a ênfase na necessidade de que toda prova valorada esteja formalmente inserida nos autos do processo e o convencimento do julgador a partir delas seja racionalmente motivado. A disposição do art. 371, assegura que apenas as provas submetidas ao crivo do contraditório possam fundamentar uma decisão judicial.

Nesse contexto, a valoração das provas pelo juiz é submetida a critérios de racionalidade bem definidos, como aponta Fredie Didier Junior<sup>20</sup>. A motivação para uma decisão judicial deve basear em padrões racionais amplamente reconhecidos e aceitos, respeitando as normas de validade argumentativa e lógica jurídica. Dessa forma, critérios subjetivos, como crenças religiosas, são inequivocadamente excluídos da esfera da fundamentação jurídica.

Além disso, a exigência de uma motivação racional implica que o discurso judicial deve ser claro, acessível e direcionado não apenas às partes envolvidas, mas também a comunidades jurídicas como um todo, contribuindo para a formação de precedentes sólidos. A transparência e a publicidade das motivações são princípios inerentes ao direito brasileiro, rejeitando-se, portanto, a fundamentação que não seja explicitamente declarada nos autos, salvo as exceções previstas legalmente (art. 145, § 1º, CPC).

Não obstante todas essas premissas apresentadas, observa-se, na prática judiciária sob a égide do CPC/2015, uma continuidade na adoção do princípio do livre convencimento motivado para embasar decisões judiciais, sobretudo nas instâncias superiores. Essa tendência evidencia a persistência desse paradigma no raciocínio jurídico contemporâneo.

Para ilustrar essa realidade, apresenta-se duas ementas representativas, que exemplificam a resiliência desse sistema, teoricamente superado, mas que, na prática, demonstra-se ainda vigoroso, quais sejam:

“[...] Princípio do livre convencimento motivado. 1. Não merece prosperar a tese de violação do art. 1.022 do CPC/2015, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada. 2. *No processo civil brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado: o julgador não está obrigado a decidir a demanda conforme o pleiteado pelas partes, mas sim de acordo com seu alvedrio*, usando

20. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., 2015, p. 103-104.

fatos, provas, jurisprudência e legislação que entender aplicáveis à espécie. Assim, é inviável a procedência do pleito recursal a fim de provocar o reexame de prova já analisada pelo Tribunal de origem. 3. Recurso Especial não provido.” (STJ, 2017, REsp 1.660.367/RS).

“1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova oral, quando o tribunal de origem entender que o feito foi corretamente instruído, declarando a existência de provas suficientes para o seu convencimento. (...) 3. *O julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos levantados pelas partes, mas sim decidir a contento, nos limites da lide que lhe foi proposta, fundamentando o seu entendimento de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.*” (STJ, 2019, AgInt no REsp 1.427.771/SP).

A análise da prática judiciária revela um desafio significativo na formação jurídica, especialmente, no que se refere ao paradigma enraizado no pensamento jurídico relativo ao livre convencimento motivado. Esse desafio é potencializado pela necessidade de uma fundamentação detalhada nas decisões judiciais, cuja exigência busca mitigar as limitações impostas pelo sistema do livre convencimento motivado.

A problemática apontada é claramente demonstrada pelas duas ementas de precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), emitidas sob a vigência do novo Código de Processo Civil (CPC/2015). Constata-se que o STJ continua a aplicar o princípio do livre convencimento motivado como base para suas decisões, perpetuando uma prática que inclui, por vezes, fundamentações superficiais. Essa prática sugere que o magistrado não precisa abordar todas as questões levantadas pelas partes, desde que tenha encontrado, a seu convencimento e a sua consciência, motivos suficientes para fundamentar sua decisão. A referida abordagem contrasta com os princípios fundamentais do processo, que visam assegurar o direito ao contraditório, à ampla defesa e à participação ativa das partes no processo probatório.

Em um processo, sob um aspecto democrático e legítimo, as provas são destinadas ao processo e não exclusivamente ao juiz. As partes detêm o direito de produzir provas, cooperar e participar ativamente, exigindo respostas fundamentadas às suas alegações. Tais prerrogativas estão alicerçadas no devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), no direito fundamental de ação ou garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXV, CF), bem como no contraditório e na ampla defesa (art. 5º, LV, CF), elevando o direito probatório a um patamar de natureza constitucional, isso porque, conforme leciona Teresa Arruda Alvim Wambier

“envolve a oportunidade de que as partes se manifestem e produzam provas sobre o direito que afirmam ter; de que se manifestem sobre as alegações e sobre o material probatório produzido pela outra parte e sobre a matéria que o juiz deve conhecer de ofício.”<sup>21</sup>

No contexto de um processo judicial que respeita as garantias previstas na Constituição, é imperativo que não prevaleça a liberdade da decisão irrestrita por parte do magistrado. Gomes Filho<sup>22</sup> contribui para esse debate ao evidenciar a problemática da discricionariedade indevida no judiciário. Ele argumenta que obrigação legal de fundamentação das decisões judiciais tem como objetivo principal assegurar que as razões subjacentes à deliberação sejam explicitamente manifestadas. Isso decorre do reconhecimento de que as decisões devem refletir os motivos objetivos. Desse modo, vê-se que a essência do mandamento de motivação legal reside em combater a discricionariedade irrestrita, promovendo uma maior equidade e transparência processual.

A validade de uma decisão judicial é fundamentada a partir de uma rigorosa observância ao princípio do devido processo legal, cujo preceito delineia a estrutura processual e serve como garantia contra o arbítrio decisório e, simultaneamente, contra concepções extremas representadas pelo dogma da completude do direito. Dessa forma, o cumprimento dessas normas processuais é essencial para a assegurar a legitimidade e a justiça das decisões dentro do sistema judiciário<sup>23</sup>.

#### 4. AS DECISÕES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO INTEGRADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme analisado nas seções precedentes, tanto a exploração do art. 489, § 1º e seus respectivos incisos, quanto a do art. 371 do Código de Processo Civil de 2015 destacam-se por introduzirem significativas inovações legislativas, as quais visam compatibilizar o sistema processual civil brasileiro aos princípios constitucionais, reforçando o papel essencial do Poder Judiciário no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 consagra uma ampla gama de direitos fundamentais, comparáveis aos padrões dos países mais desenvolvidos, estabelecidos de

---

21. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Tratado jurisprudencial e doutrinário*. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. I. p. 304.

22. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 114.

23. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. II. p. 350.

forma a exigir um processo de alteração mais rigoroso, elevando sua importância. Nesse cenário, o conteúdo das decisões judiciais emerge como um elemento crucial. A função do Poder Judiciário de assegurar os direitos implica diretamente na necessidade de fundamentação adequada das decisões, como meio de garantir esses direitos. Uma decisão judicial equitativa e bem fundamentada assegura o direito ao acesso à justiça, permitindo que as partes compreendam as razões que justificam a aceitação ou rejeição de seus pedidos e argumentos<sup>24</sup>.

A falta de fundamentação nas decisões judiciais representa uma falha no exercício do Poder Judiciário, cuja questão não se resume à prestação de contas ao jurisdicionado, mas sim à transparência, enquanto mandamento Constitucional. É imperativo que as decisões judiciais sejam explicitamente motivadas, permitindo que os cidadãos compreendam as bases das conclusões e determinações. Essa compreensão não está necessariamente ligada à concordância com o resultado, mas ao direito fundamental de acesso às razões judiciais.

A esse respeito, enfatiza Maria Elizabeth de Castro Lopes<sup>25</sup>, a fundamentação das decisões judiciais é entendida como uma garantia fundamental essencial para a proteção dos direitos dos cidadãos. Essa garantia se caracteriza pela obrigatoriedade de o juiz expor claramente as razões que o levou a tomar sua decisão, conferindo assim, segurança jurídica às partes envolvidas e à sociedade em geral, ao possibilitar um controle mais efetivo sobre a atuação judiciária.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>26</sup>, por sua vez, argumenta que a exigência de fundamentação restringe a margem de discricionariedade do magistrado estabelecendo um divisor entre a interpretação da lei e a arbitrariedade, pelo imperativo de motivar suas decisões.

Observa-se que, apesar do Código de Processo Civil de 1973 não oferecer diretrizes amplas o suficiente para garantir a eficaz implementação da garantia constitucional de motivação das decisões, o legislador da norma processual de 2015 dedicou atenção particular a essa questão.

- 
24. ROSA, Anderson Relva; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de. O direito fundamental à motivação das decisões judiciais como elemento do direito de acesso à justiça: processo civil e do trabalho. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, Ribeirão Preto, n. 3, 2015. Disponível em: [<https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/529>]. Acesso em: 09.02.2024. p. 389-390.
  25. LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 50-51.
  26. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 153.

No entanto, pelas análises ainda que incipientes das ementas do Superior Tribunal de Justiça apresentadas na seção anterior, revela-se, que, na prática, já sob a vigência do CPC/2015, ainda se verifica a prolação de decisões baseadas em expressões e fundamentos genéricos, desprovidos de conteúdo, sem um exame minucioso das reivindicações das partes, perpetuando uma prática que o novo código buscou superar e maculando a eficácia da novel legislação.

Lenio Streck e Igor Ratz<sup>27</sup> argumentam que, mesmo com a promulgação do CPC/2015, persiste a prática entre juízes e Tribunais de não examinar detalhadamente todos os argumentos apresentados pelas partes. Essa atitude reflete um ativismo judicial que compromete o princípio do Estado Democrático de Direito, relegando as partes a uma posição subordinada ao arbítrio do magistrado, contrariando a concepção do processo como mecanismo de proteção dos direitos. A invocação de brocardos jurídicos para justificar tal prática é vista como um alibi para o exercício discricionário da justiça, desviando-se da expectativa legítima das partes de um julgamento equitativo.

Assim, visualiza-se que a problemática da ausência de estrita observância à fundamentação das decisões encontra clara vinculação com o contraditório, que, segundo os autores, possui uma dimensão dupla: como direito de influenciar a decisão judicial e como salvaguarda contra decisões inesperadas. Ambos os aspectos destacam a necessidade de uma participação ativa do juiz no diálogo processual, conforme estabelecido pelo art. 10 do CPC, que proíbe decisões sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar. O dever da fundamentação, reforçado pelo art. 489, § 1º, do CPC, exige que as decisões judiciais enfrentem todos os argumentos relevantes, marcando uma evolução significativa e desafiando a cultura jurídica de decisões pouco fundamentadas.

Camilla Mattos Paolinelli<sup>28</sup> destaca que o princípio do contraditório sustenta a equidade entre os envolvidos no processo, mitigando atuações dominantes e possibilitando que as partes exerçam controle e influência sobre as decisões que afetam seus interesses. Ela enfatiza que essa garantia essencial assegura que as decisões judiciais estejam em conformidade com o arcabouço legal e sejam fundamentadas no direito discutido e nos fatos reconstituídos pelas partes durante o processo.

---

27. STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 20, jan.-jun. 2017. Disponível em: [<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1400>]. Acesso em: 11.02.2024. p. 163-165.

28. PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 17.



O CPC/2015 foi elaborado visando reforçar o princípio da fundamentação das decisões conforme previsto na CF/1988, buscando mitigar a emissão de julgamentos discricionários e arbitrários incompatíveis com os valores democráticos. No entanto, após mais de nove anos de sua implementação, observa-se um desafio na prática judiciária expresso pela dificuldade de assimilação e aplicação das inovações introduzidas.

Muitos julgadores parecem persistir em práticas decisórias arraigadas no CPC/1973, sem adaptarem-se integralmente aos preceitos estabelecidos pelo CPC/2015. Consequentemente, o Poder Judiciário, em certa medida, continua a recorrer a decisões padronizadas, superficiais e desprovidas da análise detalhada do mérito dos casos, evidenciando um distanciamento dos princípios de garantia dos direitos fundamentais. Essa conduta reflete não apenas um desconforto com a mudança, mas também uma incompatibilidade preocupante com as exigências do ordenamento jurídico atual e os princípios democráticos subjacentes.

Em um estudo conduzido por Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari<sup>29</sup>, baseado em entrevistas com 15 magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) entre 2018 e 2021, investigou-se a recepção e impacto do art. 489 do CPC/2015 na prática judiciária. Os resultados, derivados tanto de conversas formais quanto informais com juízes de varas e câmaras cíveis da capital, indicaram primeiramente uma surpreendente falta de familiaridade com o texto específico do art. 489, § 1º, com muitos entrevistados consultando o código durante as entrevistas.

Além disso, constatou-se que a introdução do CPC/2015 não alterou significativamente as práticas decisórias e identificou-se uma percepção generalizada entre magistrados de que a exigência de fundamentação detalhada poderia conflitar com o objetivo da celeridade processual. Este último ponto, em particular, foi frequentemente citado como uma barreira prática ao cumprimento estrito do dever de fundamentação, sugerindo uma tensão entre a celeridade processual e profundidade da motivação das decisões judiciais. O estudo revelou a complexidade e os desafios enfrentados pelo Poder Judiciário na busca por equilibrar a eficiência processual com uma justificativa robusta e detalhada, conforme exigido pelo art. 489 do CPC.

Desse modo, evidencia-se um padrão de concretização do que Streck e Ratz já criticaram acerca da persistência de juízes e tribunais em não analisar os argumentos

---

29. BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; PUERARI, Daniel Navarro. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o Artigo 489 § 1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências? *Revista Interdisciplinar de Direito*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, maio-ago. 2021. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/1420>. Acesso em: 11.02.2024. p. 7-12.

das partes, mesmo após a entrada em vigor do CPC/2015. Além disso, a constatação trazida pelos estudos de Bárbara Gomes Lupetti Baptista e Daniel Navarro Puerari demonstram uma ausência de compromisso pelos julgadores, uma falha na formação e na atualização jurídica, e, por fim, uma discricionariedade ilimitada, ofendendo direitos fundamentais, colocando as partes em uma posição de inferioridade, em clara atuação não condizente com o Estado Democrático de Direito.

Além disso, observa-se que o padrão de conduta extraído tanto pelos precedentes das ementas do STJ, trazidos no tópico anterior, quanto a partir dos estudos de Baptista e Puerari citados neste tópico, frequentemente fundado em invocados brocardos jurídicos, como a celeridade processual, desvirtua o processo como ferramenta de proteção de direitos e o afasta de uma expectativa de um julgamento equitativo.

## 5. UM PANORAMA JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Para uma impressão adicional a respeito do problema lançado para o presente trabalho, entendeu-se como relevante a compreensão do panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Elegeu-se a referida Corte, pois, conforme a incumbência constitucional desenhada, cabe a ela a responsabilidade de deliberar, em última instância, sobre a legislação federal infraconstitucional, o que encontra conformidade com o propósito da presente investigação, que cuida de apreciar o dever de fundamentação decisório, devidamente previsto no Código de Processo Civil.

Para realizar a pesquisa, serviu-se do sistema de consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, disponível no *site* daquela Corte, tendo sido incluídos, para obtenção de um resultado preliminar, os termos “fundamentação”, “decisão” e “nulidade”, sem se delimitar outros filtros, inclusive no aspecto temporal.

A pesquisa resultou, no dia 5 de junho de 2024, um universo de 9.303 acórdãos, 480.001 decisões monocráticas, 28 itens informativos de jurisprudência, 1 item jurisprudência em tese, 2 itens nas pesquisas prontas, 4 itens na legislação aplicada, 5 recursos repetitivos e 1 incidente de assunção de competência<sup>30</sup>.

O resultado alcançado demonstrou um número expressivo de deliberações judiciais sobre o tema pesquisado, o que revela inicialmente a relevância do tema e o seu impacto nas demandas que chegaram até o Superior Tribunal de Justiça.

---

30. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

Ao mesmo tempo, a consulta a todos os referidos resultados se mostraria inviável do ponto de vista fático para a presente pesquisa, de tal sorte que se optou por um critério aleatório, mas justificado pela factibilidade, por apreciar os resultados alcançados com um menor número, bem como na limitação da análise dos casos apenas no ponto de interesse do presente trabalho (isto é, o dever de fundamentação das decisões judiciais).

Adotando esse critério, foram descartados os resultados obtidos em relação aos acórdãos, decisões monocráticas e informativos de jurisprudência, centrando-se nos demais resultados, que serão relatados a seguir, a fim de que se tenha uma visão panorâmica sobre a perspectiva jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

O resultado da jurisprudência em tese, ao ser consultado, resultou na edição 117 do referido informativo, estando relacionado à interceptação telefônica, razão pela qual foi descartado por se distanciar do regramento do Código de Processo Civil<sup>31</sup>.

Dois foram os resultados contidos no item “pesquisa pronta”, sendo um deles relacionado ao direito processual civil e outro relacionado ao direito processual penal. Centrando apenas no primeiro resultado, que apresenta pertinência com o objeto do presente trabalho, tem-se que a anotação da edição 69 da jurisprudência em teses e o informativo 557. Entretanto, ambos foram desconsiderados, pois guardavam relação efetivamente com o processo penal, fugindo da área temática da presente investigação<sup>32</sup>.

O resultado obtido em “legislação aplicada” também foi desconsiderado, por duas razões: (i) o primeiro porque a página do Superior Tribunal de Justiça não foi encontrada pelo próprio site; e (ii) porque, ainda que localizada, não representaria necessariamente a visão jurisprudencial da referida Corte<sup>33</sup>.

O incidente de assunção de competência está relacionado com o Recurso Especial 1.857.098/MS, de relatoria do Ministro OG Fernandes, que envolve a tese jurídica do alcance do direito de acesso à informação no Direito Ambiental brasileiro. No caso em referência, discutiu-se a questão do vício de fundamentação da decisão

---

31. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em tese*. Edição 117. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.

32. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa pronta*. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.

33. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Legislação aplicada*. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.

recorrida, a qual foi refutada, pois este seria inexistente no caso examinado em razão do enfrentamento das questões debatidas. Chama a atenção o fato de que o debate sobre esse ponto não mereceu grande destaque no acórdão em referência, já que, em mais de 40 laudas, diminuto espaço se reservou para refutar a alegação em referência<sup>34</sup>.

Os recursos repetitivos, como se reportou anteriormente, indicaram 5 resultados diferentes, quais sejam: (i) Recurso Especial 1.872.008/RS; (ii) Recurso Especial 1.340.553/RS; (iii) Recurso Especial 1.371.750/PE; (iv) Recurso Especial 947.206/RJ; e (v) Recurso Especial 1.112.416/MG).

Em relação aos recursos repetitivos, todos foram desconsiderados, pois não enfrentavam o problema disposto no presente trabalho ou, então, foram julgados sob a égide do Código de Processo Civil revogado. Ainda assim, merece destaque o Recurso Especial 1.112.416/MG, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 27.05.2009, que desconsiderou a nulidade de fundamentação da decisão, pois, no entender da referida Corte, aquela pode se mostrar concisa, desde que seja “suficiente para a solução da demanda”<sup>35</sup>.

Em razão da insuficiência dos resultados apresentados, optou-se, por refinar a busca realizada, adotando-se como filtro adicional a seleção do art. 489, § 1º, do CPC para seleção dos julgados. O resultado da pesquisa reduziu drasticamente, pois resultou apenas 106 acórdãos com a discussão sobre a temática.

Ainda que o resultado tenha diminuído drasticamente, o número ainda se mostrou excessivo para análise que se pretendia panorâmica. Por essa razão, adotou-se o critério aleatório de seleção dos 5 primeiros resultados obtidos com a pesquisa, de forma que examinados os acórdãos proferidos nos seguintes recursos: (i) Agravo Interno no Recurso Especial 2.085.991/SP<sup>36</sup>; (ii) Agravo Regimental no Recurso Especial 2.096.429/MG<sup>37</sup>; (iii) o Agravo Interno no Agravo

---

34. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.857.098/MS, rel. Min. Og Fernandes, Brasília, 24.05.2022. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>]. Acesso em: 27.05.2024.

35. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.112.416/MG, rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

36. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Recurso Especial 2.085.991/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

37. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 2.096.429/MG, rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

em Recurso Especial 2.323.378/RS<sup>38</sup>; (iv) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.443.321/BA<sup>39</sup>; e (v) Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.372.414/DF<sup>40</sup>.

Entre esses resultados, apenas foi desconsiderado o Agravo Regimental no Recurso Especial 2.096.429/MG, pois o objeto da discussão estava voltado para o processo penal, de tal sorte que não evidenciava pertinência temática com o propósito do presente trabalho.

No Agravo Interno no Recurso Especial 2.085.991/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, notou-se o entendimento que “cabe ao julgador apreciar os fatos e as provas da demanda segundo seu livre convencimento, declinando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos que o levaram a solucionar a lide, embora não no sentido pretendido pela parte”. Com suporte no referido entendimento, não se compreendeu que o acórdão referido era nulo, pois não apresentava “deficiência de motivação”. Como se vê, o referido entendimento se aproxima em muito dos julgados anteriores à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015.

Já em relação ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.323.378/RS, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, teve-se o entendimento de que a nulidade da decisão “ocorre quando o julgador deixa de enfrentar todos os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada, em tese”. No caso, entendeu-se que a fundamentação era condizente com os argumentos trazidos para a discussão na lide.

O Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.443.321/BA foi relatado pelo Ministro Moura Ribeiro, tendo o acórdão se voltado para o afastamento da nulidade da decisão, pois se entendeu que controvérsia estaria integralmente resolvida, além de apresentar fundamentação e clareza. Não há grande debate sobre o tema no referido acórdão, além dos pontos já enaltecidos.

Por fim, o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.372.414/DF, de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, também afastou a nulidade da decisão, pois

---

38. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.323.378/RS, rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.

39. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.443.321/BA, rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.

40. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.372.414/DF, rel. Min. Assusete Magalhães. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 80.892, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, 16.10.2001. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495526]. Acesso em: 08.02.2024.

se entendeu a apreciação da matéria ter sido realizada de forma fundamentada, “de modo coerente e completo”, enfrentando as “questões necessárias para a solução da controvérsia”. Destaca-se, na aludida decisão, além de enfrentar de forma mais minuciosa a questão debatida, o fato de que a “solução integral da controvérsia”, em tese, justificaria uma decisão com a fundamentação almejada pelo Código de Processo Civil.

Como se vê dessa visão panorâmica jurisprudencial (do Superior Tribunal de Justiça), não se notou uma significativa mudança paradigmática das decisões proferidas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 com o *Codex* em vigor, tendo se notado que a abordagem clara, ainda que de forma suscinta, das questões debatidas nas demandas seria suficiente para se ter uma fundamentação decisória adequada.

## 6. CONCLUSÃO

Apesar da clara intenção do CPC/2015 em aprofundar a exigência de fundamentação das decisões judiciais, evidenciando a busca por maior transparência e racionalidade na atividade jurisdicional, o estudo induz à observância de uma persistente resistência na prática. O estudo demonstrou que, mesmo após a implementação do novo Código, manifesta-se a tendência de não examinar detalhadamente todos os argumentos apresentados pelas partes, refletindo uma prática arbitrária que coloca em xeque o princípio do Estado Democrático de Direito. A invocação de princípios como a celeridade processual à custa da profundidade e qualidade da fundamentação ilustra a tensão entre eficiência e a justiça detalhada e legítima.

O estudo confirma a crítica de estudiosos, como Streck e Raatz sobre a continuidade de práticas judiciais que desconsideram a análise minuciosa dos argumentos das partes, contrariando as expectativas geradas pelo CPC/2015. Revela também deficiências na formação jurídica que impactam na aplicação prática das normas, evidenciando a necessidade de um compromisso renovado com a capacitação e atualização dos operadores do direito.

A persistência de práticas que privilegiam a discricionariedade em detrimento de uma fundamentação robusta e detalhada enfraquece os pilares democráticos do Estado de Direito. A concretização efetiva dos direitos fundamentais no processo judicial exige não apenas a observância das normas estabelecidas, mas também o comprometimento institucional com os valores de justiça, transparência e diálogo argumentativo que formam a base da ordem jurídica.

Do material pesquisado, inclusive da pesquisa jurisprudencial apresentada, poucos forma os avanços em relação ao Código de Processo Civil de 1973, de tal



sorte que a mudança esperada da norma processual em vigor não se concretizou, já que o entendimento para uma fundamentação decisória adequada parece restar suficiente quando aquela repousar na clareza, ainda que de forma sintética, e resolver a integralidade da controvérsia.

É de se esperar, portanto, que o tema possa merecer maior atenção da comunidade jurídica, a fim de se avaliar se efetivamente os padrões decisórios esperados pelo Código de Processo Civil em vigor encontram-se contemplados nas decisões proferidas pelas Cortes brasileiras.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; PUERARI, Daniel Navarro. O dever de fundamentação das decisões judiciais e o Artigo 489 § 1º, do CPC: rupturas, continuidades ou resistências? *Revista Interdisciplinar de Direito*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 1-14, maio-ago. 2021. Disponível em: [<https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/1420>]. Acesso em: 11.02.2024.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CARDOSO, Oscar Valente. A fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil: quatro aspectos e conteúdo mínimo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21, n. 125, p. 542-563, out. 2019/jan. 2020. Disponível em: [<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1826>]. Acesso em: 03.02.2024.
- CARNEIRO, Paulo Cezar P. *O novo processo civil brasileiro*. Available from: Vital-Source Bookshelf. 3. ed. Grupo GEN, 2022.
- CHAVES, Paulo Henrique da Silveira. A fundamentação da decisão judicial sob a ótica do artigo 489, § 1º, IV do Código de Processo Civil e precedentes do Superior Tribunal de Justiça. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 140-156, 2020. Disponível em: [<https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/187>]. Acesso em: 01.02.2024.
- DIDIER JR., Fredie. *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: JusPodivm, 2015.
- FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões no estado democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas*

- Serro, v. 01, p. 112-138, 2010. Disponível em: [<https://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>]. Acesso em: 04.02.2024.
- FREITAS, Gabriela Oliveira. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 173-191, jan.-jun. 2016. Disponível em: [[www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/424](http://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/424)]. Acesso em: 08.02.2024.
- GAJARDONI, Fernando da, F. et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Available from: VitalSource Bookshelf. (5th Edition). Grupo GEN, 2022.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- KREPSKY, Giselle Marie. Decisão judicial e argumentação: limites da fundamentação sob uma observação sistêmica. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 239-267, maio-ago. 2021. Disponível em: [[www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/54326](http://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/54326)]. Acesso em: 01.02.2024.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. II.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ROSA, Anderson Relva; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de. O direito fundamental à motivação das decisões judiciais como elemento do direito de acesso à justiça: processo civil e do trabalho. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, Ribeirão Preto, n. 3, p. 388-394, 2015. Disponível em: [<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/529>]. Acesso em: 09.02.2024.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law – EJLL*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set.-dez. 2016. Disponível em: [<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>]. Acesso em: 08.02.2024.
- STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 15, n. 20, p. 160-179, jan.-jun. 2017. Disponível em: [<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/1400>]. Acesso em: 11.02.2024.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Pesquisa pronta*. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Legislação aplicada*. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Tratado jurisprudencial e doutrinário*. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. I.

## 8. LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)]. Acesso em: 08.02.2024.

BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. (Revogado). Disponível em: [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)]. Acesso em: 08.02.2024.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. (Revogado). Disponível em: [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)]. Acesso em: 08.02.2024.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Institui a reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: [[www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296](http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296)]. Acesso em: 18.02.2024.

## 9. JURISPRUDÊNCIA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Segunda Turma. Recurso Especial 1.660.367/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, 18.05.2017. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>]. Acesso em: 11.02.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.427.771/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, 24.06.2019. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>]. Acesso em: 11.02.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.857.098/MS, rel. Min. Og Fernandes. Brasília, 24.05.2022. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>]. Acesso em: 27.05.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em tese*. Edição 117. Disponível em: [<https://processo.stj.jus.br/SCON/>]. Acesso em: 05.06.2024.

- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Incidente de assunção de competência no Recurso Especial 1.857.098/MS, rel. Min. Og Fernandes. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.112.416/MG, rel. Min. Herman Benjamin. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Recurso Especial 2.085.991/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial 2.096.429/MG, rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.323.378/RS. Rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2.443.321/BA, rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.372.414/DF, rel. Min. Assusete Magalhães. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/]. Acesso em: 05.06.2024.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 80.892, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, 16.10.2001. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495526]. Acesso em: 08.02.2024.



## PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015, de José Wellington Bezerra da Costa Neto – *RePro* 293/49-82;
- Fundamentação das decisões judiciais segundo a jurisprudência dos tribunais pátrios, de Cristiane Druve Tavares Fagundes e Anwar Mohamad Ali – *RePro* 329/47-66; e
- Fundamentação: para quê e para quem? Notas sobre sua relação com os escopos do processo, de Anwar Mohamad Ali – *RePro* 320/17-39.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# PERFIL HISTÓRICO DA REPRESENTAÇÃO E DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

## PROFILO STORICO DELLA RAPPRESENTANZA E DELA SOSTITUZIONE PROCESSUALE

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo, Advogado, parecerista e árbitro.  
heitorsica@usp.br

Recebido em: 18.08.2024  
Aprovado em: 16.09.2024

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

**RESUMO:** O objetivo do presente texto é apresentar o perfil histórico da representação processual e da substituição processual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Representação processual – Substituição processual – História do processo civil.

**RIASUNTO:** L'obiettivo di questo testo è presentare il profilo storico della rappresentanza processuale e della sostituzione procedurale.

**PAROLE-CHIAVE:** Sostituzione processuale – Rappresentanza processuale – Storia del processo civile.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Perfil histórico da representação processual. 2.1. Direito romano. 2.2. Direito comum ibérico. 2.3. Doutrina do Século XIX e primeira metade do século XX. 3. Perfil histórico da substituição processual. 3.1. Direito romano. 3.2. Direito comum ibérico. 3.3. Doutrina do Século XIX e primeira metade do século XX. 3.3.1. Doutrina clássica alemã sobre a *Prozeßstandschaft*. 3.3.2. Doutrina clássica italiana sobre *sostituzione processuale*. 4. À guisa de conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente texto é apresentar o perfil histórico da representação processual e da substituição processual.

Algumas observações de ordem metodológica fazem-se necessárias.

O presente texto adota como premissa a distinção fundamental entre representação processual e substituição processual calcada no critério chiovendiano, ainda

largamente acolhido na doutrina italiana e ibero-americana, segundo o qual o primeiro instituto permitiria a defesa de “direito alheio em nome alheio” e o segundo, diferentemente, a defesa de “direito alheio em nome próprio”<sup>1</sup>.

Da mesma forma, será empregada a expressão “substituição processual” como sinônimo de “legitimidade extraordinária”, em que pese haver em doutrina outras propostas terminológicas.

É marcadamente distinta a metodologia para traçar o perfil histórico de cada um dos institutos.

Por um lado, a representação processual encontra assento em monumentos legislativos nos quais o atual ordenamento pátrio deita raízes, ainda que sem sistematização e sem a consciência dogmática presentes em época contemporânea. Para esse fim, o trabalho se propõe a realizar uma breve resenha histórica no direito romano e no direito comum ibérico (com especial foco nas Ordenações do Reino Português). A bem da brevidade, optou-se por deixar de fora da análise expressões legislativas dos povos que ocuparam a Europa na Baixa Idade Média e o direito canônico, os quais, contudo, exerceram conhecida e marcante influência no direito comum ibérico.

Por outro lado, como se verá, a substituição processual era instituto desconhecido até final do século XIX e constitui criação da doutrina alemã, com contribuições italianas, de modo que o perfil histórico do instituto é essencialmente doutrinário, e não legislativo.

## 2. PERFIL HISTÓRICO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL

### 2.1. *Direito romano*

Afirma-se como “lugar-comum” o reconhecimento de que os romanos não tiveram um conceito geral de representação<sup>2</sup> (tampouco, portanto, o conceito de representação processual), sobretudo pela concepção essencialmente pessoal do vínculo jurídico<sup>3</sup>, especialmente marcante no período arcaico.

Sob a égide das *legis actiones*, vigia a regra geral segundo a qual “nemo aliene nomine lege agere potest” (“ninguém pode agir legalmente em nome de outrem”),

---

1. *Principii di diritto processuale civile*, ristampa. Napoli: Jovene, 1965. p. 597.

2. QUADRATO, Renato. Rappresentanza (dir.rom.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, v. 38, 1987. p. 417.

3. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. Cape Town: Juta & Co, 1992. p. 47.

espelhada em célebre passagem de Gaio (Inst. 4.82<sup>4</sup>) e depois plasmada *ipsis litteris* em passo de Ulpiano (Dig. 50.17.123).

Contudo, mesmo em época arcaica havia três exceções<sup>5</sup>: (i) o *agere pro libertate*; (ii) o *agere pro populo*; e (iii) o *agere pro tutela*. Essas hipóteses eram caracterizadas, respectivamente, (i) pelo papel do *adsertor libertatis* (que representava o escravo na *causa libertatis*<sup>6</sup>); (ii) nas *actiones popularis* (passível de ser movida por qualquer cidadão em defesa do interesse público<sup>7</sup>); e, por fim, (iii) na remoção do tutor testamentário tido por *suspectus* (que poderia ser pleiteada por qualquer cidadão, mas ostentava caráter penal<sup>8</sup>). A relevância desses institutos para a dogmática moderna é escassa por variadas razões, em especial por sua heterogeneidade e pela inexistência de figuras em ordenamentos contemporâneos que a eles correspondam. No entanto, há quem entenda que o *agere* nesses casos se dava em nome próprio, e não alheio<sup>9</sup>.

Para além dessas exceções, o direito romano arcaico já conhecia as figuras do *tutor* e do *curator*, que tinham poderes para praticar atos da vida civil em geral e

4. “Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, ueluti cognitorio, procuratório, tutório, curatorio, cum olim, quo tempore, legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, prueter quam ex certis causis” (“devemos observar que é possível agir, em nosso próprio nome ou em nome de outrem, como quando agimos na qualidade de *cognitor*, de procurador de tutor, de curador de alguém, ao passo que, antigamente, no tempo das ações da lei, não era permitido agir em nome de outrem, com exceção de certos casos”) (*Institutas do jurisperito Gaio*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 205).
5. Conforme C. St. Tomulescu, An exception to the principle “nemo alieno nomine lege agere potest”. *Irish Jurist*, new series, v. 2, n. 1, p. 144, 1967.
6. Tratava-se de um simulacro de processo judicial pelo qual o *adsertor libertatis*, na presença do escravo e do seu *dominus*, declarava-o livre perante o magistrado (JUSTO, A. dos Santos. *Direito privado romano*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 1. p. 123-124).
7. Com base em fragmento de Paulo (Dig. 47.27.1), reconhece-se que um cidadão romano se valia da *actio populari* para pedir a tutela de um interesse público lesado, embora, de forma paradoxal aos olhos modernos, mediante pagamento de uma soma de dinheiro que revertia em favor do próprio autor (LUGO, Andrea. *Azione popolare (in generale)*. *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, v. 4, 1959. p. 861).
8. Com fundamento na Lei das XII Tábuas (8.20.a) e em passo de Ulpiano (Dig. 26.10.1.1), reconhece-se a *accusatio suspecti tutoris* em razão de uma fraude cometida pelo tutor instituído por testamento caracterizada como crime contra o tutelado (KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, rev. Maria Arminda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 357).
9. RUIZ, Alfonso Agudo. La representación en el sistema de las *legis actiones*. *Iberia: Revista de la Antigüedad*, Universidad de Rioja, n. 3, p. 304, 2000.

igualmente para agir em juízo. O primeiro assumia a representação dos impúberes e das mulheres<sup>10</sup> e ao menos duas de suas formas de investidura já estavam previstas na Lei das XII Tábuas<sup>11</sup>. Por sua vez, o segundo representava o portador de deficiência mental (*cura furiosi*) e do pródigo interdito (*cura prodigi*), conforme também constava da Lei das XII Tábuas<sup>12</sup>.

Todavia, em todos esses casos não se poderia falar em representação na plenitude do sentido que lhe empresta o direito moderno, pois o representante recebia o patrimônio do representado e agia como se seu fosse, embora tivesse a obrigação de restituí-lo quando cessasse a causa que originara a sua atuação<sup>13</sup>. Encontra-se a alusão a esse fenômeno como representação indireta<sup>14</sup>, que, para a maioria dos autores modernos, nem sequer poderia ser qualificada propriamente como verdadeira espécie de representação<sup>15</sup>.

10. A *tutela mulierum* desaparece gradativamente até a época clássica à medida que os avanços sociais permitem que a mulher adquira plena capacidade (KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, rev. Maria Arminda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 359).
11. As modalidades de tutela já previstas na Lei das XII Tábuas eram: (i) a tutela testamentária (instituída pelo *paterfamilias* em testamento); e (ii) a tutela legítima (instituída à falta de disposições testamentárias pelo agnado mais próximo). A tutela dativa, fruto de nomeação pelo magistrado e aplicável às hipóteses em que faltasse tutor testamentário ou legítimo) vem criada apenas em momento posterior, pela *lex Atilia* de 210 a.C. (SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile pátrio*. 7. ed. a cura di Enrico Serafini. Modena: 1899. v. 2. p. 259).
12. Ulteriormente, a *lex Laetoria* (200 a.C.) criou o *curator minoris*, aos púberes com menos de 25 anos (ARCHI, Gian Gualberto. Curatela (dir.rom.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, v. 11, 1962, p. 492).
13. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Il mandato in diritto romano*. Napoli: Jovene, 1949. p. 4.
14. John Anthony Crook acolhe a distinção entre representação *direta* e *indireta*: no primeiro caso, o representante cria situações jurídicas para o representado; no segundo, cria situações jurídicas para si, cabendo ulteriores medidas pelo ou contra o representado para que os efeitos lhe sejam estendidos (*Legal advocacy in the Roman world*. Ithaca: Cornell University Press, 1995. p. 158). O autor sustenta que no direito romano se conheceu apenas a segunda figura (*idem*).
15. Sustenta-se faltar à representação indireta elemento nuclear da representação, que é a *contemplatio domini* (atuação em nome alheio), de modo que o fenômeno viria mais adequadamente definido como “interposição” (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. ristampa. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 550 e ss.). No Direito brasileiro vigente, se acha presente em contratos como o de comissão (art. 694, CC), em que, em regra, o comissário celebra negócios jurídicos em nome próprio, embora no interesse do comitente (OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2. p. 262-263). O mesmo ocorre no mandato sem

Em época clássica, sob o regime do processo *per formulas*, o instituto da representação processual mostra-se mais desenvolvido, embora ainda limitado. Nesse período, identificam-se, com base principalmente em Gaio (Inst. 4.82 a 85), as seguintes figuras: (i) *cognitor*, que podia ser investido de poderes pelo autor ou pelo réu para agir em juízo em seu nome mediante declaração solene perante o adversário<sup>16</sup>; (ii) *procurator*, figura de criação pretoriana, que atuava em favor do *autor* ausente quando já lhe houvesse sido atribuída a administração de todos os seus bens e cuja investidura prescindia de ato de vontade ou forma solene<sup>17</sup>; e, por fim, o (iii) *defensor*, que atuava em favor do *réu* ausente, ainda que sem lhe ter sido incumbida a administração de todos os seus bens.

Ao menos no período clássico, a *procuratio* não se confundia com o *mandatum*. Conforme Moreira Alves<sup>18</sup>, o primeiro seria um “instituto mais social do que propriamente jurídico” e com “raízes na antiga família romana”, mediante o qual o *procurator* era o “senhor de fato do patrimônio que se encontra sob sua administração” de forma prolongada (de modo que se poderia reconhecer aí uma hipótese de representação indireta). De acordo com o mesmo jurista<sup>19</sup>, o segundo (*mandatum*) foi criado em época clássica como verdadeiro contrato, mas com prazo e objeto limitados, em resposta ao aumento da complexidade da sociedade romana e do tráfico comercial, permitindo-se que um sujeito pudesse investir outro de poderes para conduzir negócios em seu favor<sup>20</sup>.

---

representação (ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 210), cuja existência no Direito brasileiro é controvertida. Em sentido contrário, Salvatore Pugliatti defende que a representação indireta traria consigo o “agir no interesse do representado”, circunstância comum à representação direta, o que permitiria que fosse estudada como espécie do gênero representação (*Studi sulla rappresentanza*. Milano: Giuffrè, 1965. p. 402). O autor identifica que a *contemplatio domini* pode ser anterior (mediante outorga de poderes de representação) ou posterior (mediante aceitação do *dominus negotii* quanto aos efeitos do negócio celebrado no seu interesse), identificando-se aí a heteroeficácia (ibidem, p. 404).

16. Tem-se registro dessa figura em outros passos de Gaio (Inst. 4.97).
17. O instituto é igualmente referido pelo Digesto (3.3.1.1), conforme aponta LIPARI, F.G. *Gestioni d'affari e rappresentanza processuale. Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*. Padova: Cedam, 1927. p. 497-520.
18. *Direito romano*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 169.
19. Idem.
20. BATTISTA, Michele. *Del contrato di società e del mandato. Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza. A cura di Biagio Brugi*. Napoli: Eugenio Marghieri, 1925. p. 413-414.



No direito pós-clássico, desaparece o *cognitor*<sup>21</sup> e o *mandatum* é ampliado (de modo a permitir também a administração geral do patrimônio do mandante), ulteriormente fundindo-se com a figura da *procuratio*<sup>22</sup>. Ulpiano revela essa associação entre os dois institutos no seguinte passo: “[p]rocurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat” (“[p]rocurador é quem administra os negócios alheios por mandato do dono”, Dig., 3.3.1pr.)<sup>23</sup>.

Identifica-se a partir de então uma variedade de modalidades de *procuratores*, entre os quais<sup>24</sup>: (i) o *procurator omnium bonorum* (incumbido da administração estável e prolongada de todo o patrimônio alheio, figura mais antiga de *procuratio*); (ii) o *procurator unius rei* (que se encarregava de apenas alguns negócios); e, para o

---

21. SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Napoli: Iovene, 1955. p. 96.

22. Conforme Moreira Alves, a fusão ocorre no direito pós-clássico, em que surge o mandato geral (já não mais limitado de forma estrita a um negócio predeterminado como no período clássico), que passa a existir em duas espécies: (i) o *verus procurator* (constituído por contrato de mandato); e (ii) o *falsus procurator* (desprovido de investidura de poderes por mandato e que age espontaneamente, ou seja, o *negotiorum gestor*, ou o gestor de negócios) (*Direito romano*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 169).

23. Estevan Lo Ré Posada explica esse fenômeno da seguinte forma: “[a] começar pela ‘procuratio’, instituto de contornos originalmente mais sociais do que jurídicos, aos poucos ela foi adotada pelo tradicional ‘ius civile’. A despeito de sua origem familiar, a sua esfera de aplicação vai se ampliando gradativamente, até o momento em que, em sua fase de apogeu, libertos e homens livre atuam frequentemente como ‘procuratores’ de outrem. Incumbido de uma gestão ampla, o ‘procurator’ se mostra vinculado ao seu principal graças à virtual ‘actio negotiorum gestorum’ correspondente. Algum tempo depois, à vista das progressivas exigências comerciais de uma Roma em franca expansão, do ‘ius gentium’ desponta a necessidade de se forjar um instrumento jurídico apto à tutela de uma incumbência de feições mais específicas: surge então o ‘mandatum’ – o qual, de modo paulatino, se desenvolve de modo paralelo à ‘procuratio’. Por sua vez, uma ação diversa é atribuída às partes envolvidas no contrato: ‘actio mandati’ (‘directa’ e ‘contrária’). [...] Contudo, o ímpeto dinâmico do sistema jurídico também se manifestou em relação às fontes romanas: era rota contrária à orientação primígena, exsurge a tendência de unificação entre os referidos institutos – manifestada na absorção da ‘procuratio’ pelo ‘mandatum’. A ‘actio negotiorum gestorum’ é então remanejada, a fim de que por meio dela seja resguardada a atuação do gestor espontâneo (‘falsus procurator’); de sua parte, o ‘verus procurator’ passa a se submeter à ‘actio mandati’” (*Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro*. Tese (Doutorado) – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 403).

24. PROVERA, Giuseppe. Mandato (storia). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, v. 25, 1975. p. 315.

que aqui interessa mais diretamente, (iii) o *procurator ad litem* (para atuação judicial em nome do principal<sup>25</sup>).

Em todos esses casos – *cognitores, defensores, procuratores, tutores e curatores* – verifica-se o *agere alieno nomine* (agir em nome alheio<sup>26</sup>), o que, em princípio, afastá-los-ia da substituição processual, tal como atualmente concebida, em que o substituto age em nome próprio<sup>27</sup>, e os aproximaria da representação processual, embora alguns desses casos se qualificassem como representação legal e outros como representação voluntária<sup>28</sup>.

Como se infere dos diversos excertos doutrinários referidos até aqui, a principal dúvida gravita em torno de saber se os romanos tinham conhecimento apenas da representação indireta ou também da modalidade direta. A maioria dos autores responde que o direito romano conheceu apenas a representação indireta<sup>29</sup>. Em especial, Crisanto Mandrioli sustenta que o sentido romano do “alieno nomine agere”

25. A figura já aparecia em Gaio (Inst. 4.55 e 98 a 101). Essa última figura não se confunde com a do *advocatus* que, em época clássica, compreendia duas espécies: (i) o *iuris consultus* (que se limitava ao aconselhamento em questões jurídicas); e (ii) o *orator* (que acompanhava a parte no processo, embora sem representá-la, para a ela “emprestar sua eloquência”, conforme FIORELLI, Pietro. *Avvocatura (storia)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, v. 4, 1959. p. 647). Em época pós-clássica, desaparece a figura do *iuris consultus*, e o *orator* adquire *status* de executor de um verdadeiro ofício (ibidem, p. 648-649). Segundo Crisanto Mandrioli, houve uma convergência entre os papéis do *procurator ad litem* e do *advocatus* (*La rappresentanza nel processo civile*. Torino: Utet, 1959. p. 18).
26. Edward Poste, ao comentar as passagens de Gaio (Inst. 4.82), enfatiza que o *cognitor, procurator, tutor* e o *curator* agem em nome do “principal” (*Institutes of Roman law by Gaius*. 4. ed. rev. e atual. por E. A. Wittuck, Oxford: Clarendon Press, 1904. p. 525).
27. José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo enxergam os *cognitores* e *procuratores* como substitutos processuais (*Lições de história do processo romano*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 82). No caso do *cognitor*, pode-se dizer que, de fato, este ocupava o lugar do litigante, mas sofria em sua esfera jurídica os efeitos da sentença, ainda que lhe competisse posteriormente transferir ao principal esses efeitos (JUSTO, A. dos Santos. *Direito privado romano*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. 1. p. 202). Isso faria com que o fenômeno se qualificasse como representação indireta, afastando-se do que usualmente se denominaria substituição processual (marcada pela produção direta de efeitos jurídicos na esfera do substituído).
28. MANDRIOLI, Crisanto. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: Utet, 1959. p. 26.
29. V.g., DIÉZ-PICAZO, Luis. *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas, 1979. p. 25-27; CROOK, John Anthony. *Legal advocacy in the Roman world*. Ithaca: Cornell University Press, 1995. p. 158; KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, rev. Maria Arminda de Saint-Maurice. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 88-89.

se traduzia num papel de protagonismo do representante a ponto de assumir para si não só toda a responsabilidade processual, mas também igualmente substancial<sup>30</sup>. Contudo, há divergências. Menezes Cordeiro<sup>31</sup> destaca que o direito romano conheceu “diversos esquemas próximos da representação direta ou a ela assimiláveis”. Beatriz Fernández Gregoraci<sup>32</sup> e Estevan Lo Ré Posada<sup>33</sup> chegam a conclusões em parte equivalentes.

## 2.2. Direito comum ibérico

A<sup>34</sup> escola dos comentadores<sup>35</sup>, resgatando as fíntes romanas, identificou o conceito de *legitimatio*, que se desdobrava em quatro espécies: (i) *legitimatio ad causam* (a pertinência subjetiva do processo em relação ao direito material controvertido); (ii) *legitimatio ad personae* (capacidade de ser parte ou personalidade judiciária); (iii) *legitimatio ad processum* (capacidade processual ou capacidade

30. *La rappresentanza nel processo civile*. Torino: Utet, 1959. p. 5.

31. *Tratado de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. 5. p. 68.

32. *Representación indirecta: delimitación del supuesto y efectos jurídico obligacionales*. Tese (Doutorado) – Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2005. p. 28.

33. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-penínsular: delineamentos sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro*. Tese (Doutorado) – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 59.

34. A expressão *direito comum* nem sempre é empregada de modo uniforme. Mário Júlio de Almeida Costa destaca que ora a doutrina o define como “sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constitui, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XIII”, ora a define como a ordem jurídica que “compreende também outros segmentos integradores, muito em especial o canônico, mas não esquecendo o germânico e o feudal”, contrapondo-se aos “direitos próprios”, isto é, os ordenamentos jurídicos particulares, como o direito canônico (*História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 254 e ss.). Nessa linha, não há qualquer dúvida de que são monumentos do direito comum tanto as *Siete Partidas* (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 32) quanto as Ordenações do Reino Português (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano, Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del sua insegnamento*, a cura di Francesco Carnelutti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1. p. 589). No mesmo sentido, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, para quem o período de 1248 a 1750 seria de “influência do direito comum” (*História do direito português*. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 239 e ss.).

35. A classificação, encontrada na obra de Bartolo e Baldo, reverberou até o início do século XIX, como se infere de Guilelmus Julius Planck. *De legitimatione ad causam*. Göttingen: Typis Dieterichianis, 1837. p. 1.

de estar em juízo); e (iv) *legitimatio ad praxim* (capacidade postulatória, sobretudo mediante representação por advogado). A falta de qualquer uma delas ensejava a apresentação, por parte do adversário, da *exceptio legitimationis personae*<sup>36</sup>. Logo, embora se colocassem na mesma categoria os conceitos modernos de *legitimidade* e *capacidade* (normalmente tratados de forma separada em época contemporânea), eram eles já descritos de forma muito próxima daquela concebida pela doutrina atual.

Curiosamente, a despeito desse desenvolvimento por obra dos comentadores, o tema da legitimidade foi maltratado na evolução do direito comum ibérico (o que evidentemente se estende à substituição processual, instituto, repita-se, de todo desconhecido até o final do século XIX).

As *Siete Partidas* simplesmente silenciam sobre a legitimidade<sup>37</sup>. Já as Ordenações do Reino previam, entre as exceções dilatórias, a arguição de que o autor “não é pessoa lídima para estar em juízo” (Ord. Af. 3.53; Ord. Man. 3.37) ou “não é pessoa legítima para estar em juízo” (Ord. Fil. 3.49). A compreensão que se dava a essas disposições era a de que englobavam todos os já referidos fenômenos de *legitimatio*<sup>38-39</sup>.

---

36. FENOLL, Jordi Nieva. *Derecho procesal II. Processo civil*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 44.

37. AROCA, Juan Montero. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007. p. 27. O autor destaca que o silêncio subsistiu nas *Leys de Enjuiciamiento Civil* de 1855 e 1881 e somente no século XX é que a doutrina passou a reconhecer e delimitar o conceito de legitimidade (ibidem, p. 28-46).

38. Segundo Alberto Antônio de Moraes Carvalho, a exceção de legitimidade comportava as alegações de: (i) excomunhão (Ord. Fil. 3.49.4); (ii) falta de “impetração de vênua” (*rectius*, falta de autorização prévia para citação, Ord. Fil. 3.9.1); (iii) falta de tutor ou curador (Ord. Fil. 3.41.8 e 9); (iv) falta de consentimento da esposa para ações que envolviam bens de raiz (Ord. Fil. 3.63.1 e 2); (v) falso ou ilegítimo procurador (Ord. Fil. 3.63.5); e, finalmente, (vi) a “ilegitimidade de pessoa”, que efetivamente se aproximaria da *legitimatio ad causam* (*Praxe forense ou directorio pratico do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1850. t. 1. p. 134).

39. Nesse particular, o direito reinol exerceu relevante e prolongada influência na legislação brasileira posteriormente à proclamação de independência. O Regulamento 737, de 1850 manteve-se fiel às Ordenações ao prever a “exceção de ilegitimidade” (art. 74, § 2º), por meio do qual se alegavam vícios tanto no plano do que hodiernamente se denominaria legitimidade *tout court* ou legitimidade *ad causam* quanto no campo da capacidade ou legitimidade *ad processum* (BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1858. p. 49, e BASTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica: do processo civil comparado com o comercial e de hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e ampl. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A.M. Teixeira & Cia., 1910. p. 69-70). À mesma estrutura se mantiveram presos

Contudo, os monumentos legislativos ibéricos traziam disposições interessantes sobre o que contemporaneamente se denomina representação processual voluntária.

Nas *Siete Partidas*, é digna de nota a figura do “personero” (3.3.1, 5 e 10), que poderia atuar mediante atribuição expressa de poderes<sup>40</sup> por parte do sujeito a quem pertencia o direito tutelado (por meio de uma “carta de personería”, equivalente a um mandato<sup>41</sup>) ou mesmo sem tal atribuição, mas em razão especialmente de parentesco, amizade ou outra relação entre as partes (assemelhando-se a uma “gestão processual de negócios alheios”<sup>42</sup>). Em ambos os casos, o *personero* agia em nome alheio para defender direito alheio, enquadrando-se, segundo a dogmática moderna, no conceito de representação<sup>43</sup>, embora unificando<sup>44</sup>, sob uma única categoria, hipóteses de representação voluntária (mandato<sup>45</sup>) e legal (gestão de negócios<sup>46</sup>).

---

diplomas legais subsequentes, como a Consolidação Ribas (art. 558, § 1º) e alguns dos Códigos Estaduais (v.g., art. 396, III, CPC/ES, art. 186, “c”, do CPC/MG, art. 163, “c”, do CPC/RS e art. 251.3 do CPC/PR), de modo que se continuou a enxergar o fenômeno da mesma forma (a propósito, confira-se GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Processo civil e comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 440). Apenas no CPC/1939 desaparece a “exceção de legitimidade”, ao mesmo tempo que o texto legal passa a se referir expressamente à “capacidade processual” (art. 80) e a distinguir a “legitimidade” da “representação” (art. 294, I), muito embora ainda houvesse dúvida sobre o conceito de “legitimidade” referido no segundo dispositivo citado, isto é, se seria apenas a *ad processum* ou também a *ad causam* (SANTOS, Moacyr Amaral. *As condições da ação no despacho saneador*. Tese (Livre-Docência) – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1946. p. 49-63).

40. Os poderes poderiam contemplar todos os atos judiciais, até mesmo a confissão, conforme VIROSTA, Alejandro Valencia. La representación procesal en Castilla: el personero y su relación con el vindex, el cognitor y el procurator. *Revista Internacional de Derecho Romano*, out. 2022, p. 381 e 389.
41. A amplitude à representação processual voluntária vem herdada do direito canônico. Segundo o cânone 72, do Livro VI, da Decretal do Papa Bonifácio VIII, de 1298, “potest quis per alium quod potest facere per se ipsum” (“um pode fazer por meio de outro o que ele pode fazer por si mesmo”).
42. LOPEZ, Bárbara Sánchez. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Tese (Doutorado) – Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2017. p. 54.
43. Reforça essa constatação o fato de as *Siete Partidas* terem protegido o *personero*, quando agisse em juízo, não o responsabilizando perante o adversário do principal com seus bens (3.5.27).
44. POSADA, Estevan Lo Ré. *Aspectos de uma tradição jurídica romano-peninsular: delimitações sobre a história do mandato no direito luso-brasileiro*. Tese (Doutorado) – São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. p. 165.
45. É predominante o entendimento de que a representação voluntária e o mandato não se confundem, pois a representação não nasce do contrato bilateral (que prevê as relações entre

O *personero* não se confundia com o “defensor”, que agia em juízo defendendo o direito alheio sem estar autorizado pelo titular do direito, embora ambos respondessem com seus próprios bens em caso de derrota<sup>47</sup> (3.5.27). Igualmente não se confundia com o “vozero”, que se assemelharia ao que hoje se entende como advogado, por ter atuação profissional, sujeitar-se a controle estatal, fazer jus à remuneração e estar sujeito ao dever de confidencialidade (3.6.9, 10, 13 e 14).

Como sói ocorrer, disposições semelhantes são encontradas nas Ordenações do Reino, quanto ao procurador da parte para atuar em juízo (Ord. Af. 3.21 a 23; Ord. Man. 3.2 a 4 e 17 e Ord. Fil. 3.2 a 4 e 26 a 29), havendo uma aproximação funcional entre as figuras do procurador judicial e do advogado<sup>48</sup>.

---

mandante e mandatário), mas da outorga de poderes que decorre do mandato, pelo ato unilateral da procuração (v.g., D'AVANZO, Walter. *Rappresentanza (diritto civile). Novissimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1957. v. 14. p. 805; CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 3. ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2017. v. 5. p. 131-132; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22. ed. rev. e atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 335-336). Ademais, há mandato sem representação em que o mandatário age em nome próprio, ainda que por conta do mandante, sem que se produzam efeitos diretos e imediatos em sua esfera jurídica, os quais lhe devem ser ulteriormente transferidos (LANDIN, Francisco. *O mandato civil sem representação*. Campinas: Agá Juris, 2000, passim).

46. Não se ignora a controvérsia se a gestão de negócios traria consigo representação, como admite parte da doutrina (por exemplo, PACCHIONI, Giovanni. *Della gestione degli affari secondo il diritto romano, civile e commerciale*. Padova: Cedam, 1935. p. 387-429), mas é negada por outra (v.g., ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 209-210).
47. Aqui, pode-se vislumbrar uma aproximação entre o *defensor* e o *vindex* romano, conforme VIROSTA, Alejandro Valencia. La representación procesal en Castilla: el personero y su relación con el *vindex*, el *cognitor* y el *procurator*. *Revista Internacional de Derecho Romano*, out. 2022. p. 397.
48. Conforme CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992. p. 392), o Livro de Leis e Posturas (anterior às Ordenações Afonsinas) permitia a qualquer pessoa a possibilidade de ser nomeada procuradora para representar as partes em juízo, salvo exceções (menores de 24 anos, mouros e judeus em litígios entre cristãos, tabeliães nos locais onde exercessem o seu ofício, condenados por crimes de falsidade etc.). O procurador e o advogado tinham a mesma função (ainda que com a sutil diferença que o segundo exerce seu mister profissionalmente) e, não por outra razão, o tratamento dispensado a ambos era confuso (vide Ord. Af. 1.13.1 a 3, 7 e 20; 1.16.11; 3.20.4 e 7; 3.51; 3.117.pr e 5.64; Ord. Man. 1.11.2; 1.56.28; 1.60.23; 3.34; 5.55; e Ord. Fil. 1.24.18 e 3.28). Marcello Caetano (*idem*) registra que a profissão era malvista pelos monarcas, que a ela atribuíam a responsabilidade pela procrastinação dos processos e, por isso, era por eles combatida, em favor de se propiciar um contato direto entre juiz e partes.



Em contrapartida, o Direito português reinol conhecia as figuras do defensor e do escusador, ambos com o papel de defender o réu, sendo o primeiro sem mandato<sup>49</sup> e o segundo, munido de mandato<sup>50</sup>.

Em suma, o direito comum ibérico – como, de resto, todo o direito europeu na época<sup>51</sup> – não enxergava o instituto da representação processual de forma sistemática, embora houvesse diversas hipóteses de sua aplicação.

Entretanto, pode-se considerar existente a ideia – plasmada expressamente no direito canônico – de que o agir do representante em tudo equivalia ao agir do representado<sup>52</sup>.

### 2.3. Doutrina do Século XIX e primeira metade do século XX

Não se encontra um momento histórico específico em que o instituto da representação processual tenha sido concebido dogmaticamente, pois sempre foi visto

---

Ainda segundo o mesmo autor, esses esforços foram em vão dada a complexidade do processo de base romano-canônica, a exigir conhecimentos técnicos para condução da causa.

49. Nesse caso, o defensor se submetia aos efeitos do julgado, tanto que era obrigado a prestar caução (cf. SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil (acomodadas ao fôro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas)*. Rio de Janeiro: B.L.Garnier, 1880. t. 1. p. 64).
50. LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. *Segundas linhas sobre o processo civil (ou antes addições às primeiras)*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855. t. 1. p. 46.
51. “Rappresentanza è infatti termine che rimanda, già per sé solo, da un campo semântico assai procelloso: e non certo semplice è definire e cogliere storicamente le continue sovrapposizioni e intersezioni, i confini di senso e contenuto tra ‘rappresentanza’ (Repräsentation, repraesentatio), rappresentanza (Vertretung, Stellvertretung) sostituzione, órgão e via continuando” (“A representação é, na verdade, um termo que se refere, por si só, a um campo semântico muito tempestuoso: e certamente não é simples definir e compreender historicamente as contínuas sobreposições e intersecções, as fronteiras de significado e conteúdo entre a ‘representação’ (Repräsentation, repraesentatio), substituição de representação (Vertretung, Stellvertretung), órgão e assim por diante”) (CAPPELLINI, Paolo. Rappresentanza (dir.interm.). *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, v. 38, 1987. p. 438).
52. Segundo o cânone 72, do Livro VI, da Decretal do Papa Bonifácio VIII, de 1298, “qui facit per alium este perinde ac si faciat per se ipsum” (“aquele que age por meio de outro é como se agisse por si mesmo”). Miguel Maria de Serpa Lopes afirmou que o direito canônico acolhia a ideia de representação com tal amplitude por considerar que a Igreja Católica era representante de Deus na Terra (*Curso de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 4. p. 472).

como uma extensão do fenômeno no plano substancial<sup>53</sup> e nunca recebeu efetiva atenção dogmática. Essa afirmação é corroborada pelo estudo das fontes do direito romano e do direito comum, o qual revela com clareza que os conceitos de personalidade e capacidade para os atos da vida civil eram aplicáveis para explicar os fenômenos relativos ao processo. Quem desfrutava de personalidade e de capacidade para os atos da vida civil igualmente detinha personalidade e capacidade para agir em juízo, sem que se vislumbrassem diferenças.

Mesmo na seminal obra de Oskar von Büllow sobre as exceções e pressupostos processuais<sup>54</sup> – considerada o ponto de partida da “fase autonomista” do Direito Processual Civil<sup>55</sup> – não se enxerga qualquer diferença significativa quanto ao fenômeno da representação no plano substancial *vis-à-vis* no plano processual, apesar de ter pioneiramente assentado a ideia fundamental (e ainda correta e relevante) de que a relação jurídica processual se distingue da relação jurídica substancial na qual eclodiu o litígio<sup>56</sup>.

O autor se refere às exceções atinentes às partes – “*exceptiones deficientis personae standi in iudicio, procuratoria vel deficientis legitimationis ad processum e deficientis tutoris vel syndicatus*”<sup>57</sup> (“exceção de falta de personalidade para estar em juízo, exceção procuratória ou de falta de legitimidade para o processo e de falta de tutor ou síndico”) – valendo-se de conceitos comuns do direito material e aplicados ao direito processual. Em especial quando se debruça sobre a “*exceptio procuratória*”<sup>58</sup>, o autor considera nela abrangidos todos os defeitos no vínculo de representação (“*Vertretung*”), tanto aqueles decorrentes da lei (tutores ou curadores, por exemplo) quanto do negócio jurídico (especialmente os mandatários).

Nessa linha, mesmo após o alvorecer da ciência processual civil, não se deixou de relacionar a capacidade de direito e a capacidade para os atos da vida civil

---

53. Deve-se ressaltar que o instituto da representação voluntária somente ganha contornos próximos aos atuais no século XVIII, antes do Código Civil francês, conforme CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. 5. p. 70.

54. *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Gießen, 1868. Uma tradução acessível é a seguinte: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

55. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1. p. 387.

56. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964. p. 1-9.

57. *Ibidem*, p. 12.

58. *Ibidem*, p. 32 e ss.



com a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo, respectivamente, como se recolhe das obras clássicas de Adolf Wach (1879)<sup>59</sup> e Giuseppe Chiovenda (1906)<sup>60</sup>. Ambas situam a representação como mecanismo de integração da capacidade. Esses entendimentos continuam inteiramente prestigiados na doutrina atual dos dois países.

### 3. PERFIL HISTÓRICO DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

#### 3.1. Direito romano

No direito romano não se encontram fenômenos passíveis de adequado enquadramento no conceito contemporâneo de substituição processual<sup>61</sup>.

Não se verificava a hipótese (atualmente comum a ordenamentos europeus e latino-americanos, incluído o brasileiro) de substituição processual decorrente da aquisição da coisa ou direito litigioso em que o adquirente não ingressa na relação processual como sucessor *inter vivos* do alienante, o qual passa a ser seu substituto. Isso se explica à luz da *communis opinio* de que tal alienação era vedada (e, portanto, nula) em todo o arco temporal do direito romano, da época pré-clássica à justinianeia<sup>62</sup>.

59. “[L]a capacidad para ser parte es la capacidad de tener derechos y obligaciones [...]. La capacidad procesal es la capacidad de actuar en el proceso actos de voluntad con efectos jurídicos” (*Conferencia sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1958. p. 89-90).

60. “[L]a capacità di essere parte non è che la capacità giuridica trasportata nel processo civile [...]. La capacità di stare in giudizio, cioè, di compiere atti processuale con effetti giuridici in nome proprio, o per conto d'altrui” (*Principii di diritto processuale civile*, ristampa. Napoli: Jovene, 1965, p. 583 e 589).

61. Nesse sentido, pronunciou-se LÓPEZ, Bárbara Sánchez. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Tese (Doutorado) – Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2017. p. 50.

62. Essa afirmação se baseia em passos de Gaio (Inst. 4.117a) e do Digesto (44.6.3). A propósito, veja-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 7-10, e SILVA, Paula Costa e. *Um desafio à teoria geral do processo: repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio (ainda um contributo para estudo da substituição processual)*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 35-39. Defendendo opinião contrária e minoritária, AVONZO, Franca De Marino. *I limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1967, passim, embora a própria autora reconheça que a proibição adveio de forma inequívoca em época justinianeia (CÓDIGO JUSTINIANEU, 8.37.4).

Outrossim, não se encontra nas fontes romanas instituto similar ao da ação sub-rogatória<sup>63</sup>, comum em sistemas europeus continentais e sul-americanos (à exceção do brasileiro) e que encerra inequívoco exemplo de substituição processual<sup>64</sup>.

### 3.2. Direito comum ibérico

O direito comum ibérico também não conheceu a figura da substituição processual como modernamente descrita pela doutrina<sup>65</sup>, nem mesmo nos casos do adquirente do bem ou coisa litigiosa (que, por influência romana, permaneceu proscribita<sup>66</sup>) e da ação sub-rogatória (que surgiu apenas no direito comum francês, foi contemplada pelo *Code Napoleon* e, somente a partir de então, se espalhou por ordenamentos europeus e da América Hispânica<sup>67</sup>).

Todavia, conforme já destacado, é justamente nessa época que se desenvolve, a partir das fontes romanas, o conceito de *legitimatío ad causam*, com base no qual, posteriormente, construir-se-á a ideia de substituição processual.

Já se identificava, na definição da *legitimatío ad causam*, a correlação entre o sujeito e o pedido formulado em juízo: “sibi esse ius hanc causam iam prolatam proprio nomine ac iure agendi”<sup>68</sup> (“ter o direito à causa trazido em seu próprio nome e por direito de ação”). Apesar disso, não se identificavam e, muito menos, se tratava de forma sistemática hipóteses em que o sujeito investido do poder de agir em juízo

63. Conforme opinião majoritária (v.g., D'AVANZO, Walter. *La surrogatoria*. Padova: Cedam, 1939. p. 6-15), embora se possa reconhecer alguma semelhança da ação sub-rogatória como atualmente conhecida com a ação movida pelo credor em favor do qual se constituía o penhor de créditos no direito pós-clássico, isto é, a “*pignus nominis in causa iudicati captum*” (SACCO, Rodolfo. *Il potere di procedere in via surrogatoria, Parte generale*. Torino: Giappichelli, 1955. p. 30).

64. A ação sub-rogatória é instrumento posto à disposição do credor para recompor o patrimônio do devedor, mediante cobrança de dívida deste perante terceiro.

65. LÓPEZ, Bárbara Sánchez. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Tese (Doutorado) – Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2017. p. 53.

66. Nas *Siete Partidas* se reproduziu a vedação constante do direito justinianeu (3.7.13), embora houvesse exceções (3.7.14). Já sob a égide das Ordenações do Reino, a alienação não mais se reconhecia nula, mas sim ineficaz perante o adversário do alienante (Ord. Af. 3.91.1 e 4.71, Ord. Man. 4.45 e Ord. Fil. 3.86.16 e 4.10), conforme OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Alienação da coisa litigiosa*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 10-11.

67. MONTES, Ángel Cristóbal. *La vía subrogatoria*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 36.

68. PLANCK, Guilelmus Julius. *De legitimatione ad causam*. Göttingen: Typis Dieterichianis, 1837. p. 1.

em nome próprio defendia direito alheio, embora elas existissem desde as fontes romanas, como adiante se demonstrará.

### 3.3. Doutrina do Século XIX e primeira metade do século XX

#### 3.3.1. Doutrina clássica alemã sobre a Prozeßstandschaft

À luz da breve resenha histórica constante dos itens 3.1 e 3.2, *supra*, confirma-se o entendimento de que a substituição processual é instituto de elaboração moderna, a qual somente se mostrou possível quando afirmada a autonomia do Direito Processual Civil perante o Direito Civil<sup>69</sup>.

Ademais, o instituto foi concebido com base em incomum método indutivo, isto é, a partir da análise de casos esparsos no ordenamento substancial, logrou-se criar um conceito geral no plano da dogmática processual.

É absoluto o consenso<sup>70</sup> de que o ponto de partida da conceituação da substituição processual foi o estudo de Josef Kohler, de 1886<sup>71</sup> (anterior, portanto, à

---

69. “[L]a sustitución procesal, como se ha dicho, es fruto de una elaboración moderna que no puede confrontarse con los textos del Derecho histórico, de manera que cualquier intento en este sentido está llamado al fracaso. El fenómeno de la sustitución procesal aparece y adquiere importancia cuando empieza a considerarse lo procesal como una realidad diversa del Derecho privado; cuando se empieza a ver en la acción moderna algo más y distinto de la res de qua agitur; en suma, cuando se empiezan a trazar límites y diferencias entre derecho subjetivo material y acción. Ahora bien, ni el tránsito del derecho a la acción ha sido rápido, ni ha llegado ni puede llegar – al punto de ocasionar la ruptura o el aislamiento del Derecho objetivo privado en compartimentos estancos; uno, relativo al Derecho procesal y otro, relativo al Derecho sustantivo o material. De ahí las dificultades, como veremos, para explicar la existencia de un fenómeno como la sustitución procesal, tan vinculado a las situaciones legitimantes del Derecho material privado” (LÓPEZ, Bárbara Sánchez. *La sustitución procesal: análisis crítico*. Tese (Doutorado) – Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2017. p. 62-63). No mesmo sentido, HOFFMANN, Jan Felix. *Gewillkürte Prozeßstandschaft und materiell-rechtliche Ausübungsermächtigung*. *Zeitschrift für Zivilprozess*, n. 130. p. 404, 2017.

70. Para além dos óbvios reconhecimentos por parte da doutrina italiana (e.g., COMOGLIO, Luigi Paolo; STESURI, Aldo. *Commento al art. 81, Commentario del Codice di Procedura Civile*. A cura di Luigi Paolo Comoglio, Claudio Consolo, Bruno Sassani e Romano Vaccarella. Torino: UTET, 2012. v. 1. p. 1050-1051) e espanhola contemporâneas (e.g., FENOLL, Jordi Nieva. *La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 24), colhe-se até mesmo na doutrina japonesa o mesmo entendimento (IKEDA, Tatsuo. *Geschichtlicher Hintergrund der Lehre von der Prozeßstandschaft aus der sicht der Privatautonomie: Skizze meines Forschungsthemas*. *Osaka University Law Review*, v. 37, p. 19-23, 1990. Disponível em: [https://hdl.handle.net/11094/12184]. Acesso em: 04.06.2023).

promulgação do Código Civil alemão, de 1896), sobre o *Dispositionsnießbrauch*, de remotas origens no direito romano. Traduzido como “usufruto com faculdade de disposição”<sup>72</sup>, o instituto (ausente no ordenamento brasileiro) atribui ao usufrutuário alguns poderes de disposição sobre a coisa; em determinadas situações, sua própria alienação. O estudo de Kohler era indubitavelmente dedicado ao direito material<sup>73</sup>, mas examinava (ainda que de forma muito sucinta) a possibilidade de o usufrutuário agir em juízo no lugar do nu proprietário. Ao explicar esse fenômeno, Kohler se valeu da expressão *Prozeßstandschaft*<sup>74</sup>, passível de ser traduzida como o “poder de condução do processo”<sup>75</sup>, que, nesse caso, era conferido a um sujeito relativamente a disputas judiciais envolvendo um patrimônio alheio.

O trabalho teve o mérito de atentar a uma questão até então inédita do ponto de vista processual, mas não identificou outros casos esparsos no ordenamento da época e muito menos se preocupou em desenhar o instituto de forma geral. Ademais, a singular posição do usufrutuário que pode dispor do bem tem elementos que o tornam incompatível com o que hodiernamente se entende por substituição processual na Itália e Iberoamérica, em que o substituto não tem poderes de disposição sobre o direito pertencente ao substituído.

Pouco depois, em outro trabalho<sup>76</sup>, datado de 1888, Kohler retoma e reorganiza a sua proposição, mas sem muito nela inovar, exceto pelo reconhecimento de que haveria *Prozeßstandschaft* no caso do alienante da coisa litigiosa que, ante a recusa do adversário à sucessão pelo adquirente, permanece como parte no respectivo processo, já então (e ainda hoje) prevista no § 265 da ZPO. Note-se que o alienante da coisa litigiosa, como substituto do adquirente, não (mais) ostenta poderes sobre a coisa ou o direito litigioso, do qual já dispôs. Percebe-se, pois, que já no albor do

71. KOHLER, Josef. *Der Dispositionsnießbrauch, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena: Gustav Fischer, 1886. v. 4. p. 187-328.

72. SÁNCHEZ, Cecilia Gómez-Salvago. Usufructo con facultad de disponer. Análisis jurisprudencial. *Revista de Derecho Patrimonial*, Madrid, Arazandi, n. 6, p. 483-517, 2001.

73. GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942. p. 3.

74. KOHLER, Josef. *Der Dispositionsnießbrauch, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena: Gustav Fischer, 1886. v. 4. p. 319.

75. FENOLL, Jordi Nieva. *La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 20.

76. KOHLER, Josef. *Der Prozeß als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*, Mannheim. Stud und Verlag von J. Benschheimer, 1888. p. 95-97. Disponível em: [[https://books.google.com.br/books?id=VdYzAQAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=](https://books.google.com.br/books?id=VdYzAQAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=)]. Acesso em: 04.06.2023.

instituto foram nele enquadrados dois fenômenos heterogêneos entre si (usufruto com faculdade de disposição e alienação da coisa litigiosa).

Em 1894, Kohler<sup>77</sup> repisa, com algumas variações, as concepções anteriores e apresenta novas ideias sobre o tema, em especial a de que o instituto da *Prozeßstandschaft* pertenceria ao direito material<sup>78</sup>, bem como a de que o sujeito que conduz o processo, afetando direito de terceiro, é parte do processo, e não mero representante<sup>79</sup>.

No mesmo ano, Kohler dedicou mais algumas páginas ao conceito<sup>80</sup>, de modo a ampliá-lo, considerando que a *Prozeßstandschaft* seria o “direito de conduzir processos sobre pretensões de terceiros, de maneira vinculativa para o autor da ação”<sup>81</sup>. Na mesma obra, ao ensejo de examinar a sucessão processual, Kohler define a *Prozeßstandschaft* de maneira mais clara:

“uma relação civil que uma pessoa tem sobre o direito civil da outra, pela qual cabe a uma delas conduzir um processo cujas consequências cíveis vão recair sobre a outra – é dizer, a relação por força da qual um sujeito pode, por assim dizer, exercer processualmente o direito civil do outro.”<sup>82</sup>

77. KOHLER, Josef. *Recht und Process. Separat-Abdruck aus der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat und öffentliche Rechte der Gegenwart, XIV Band.*, reimpr. India: Skilled Books, 2023. p.39-40.

78. “Nicht dem Processrecht, sondern dem materiellen Rechte gehört dasjenige an, was ich Processstandschaft name, d.h. die Befugniss, Processe zu führen mit Einwirkung auf einen Dritten, so dass durch die res judicata nicht nur der processführende Theil, sondern auch ein Drittberechtigter gebunden wird” (“o que chamo de Processstandschaft não pertence ao direito processual, mas ao direito material, ou seja, o poder de conduzir processos com efeito sobre um terceiro, de modo que a coisa julgada vincule não apenas a parte que conduz o processo, mas também o terceiro” – tradução livre – ibidem, p. 39).

79. Kohler destaca que “in diesen Falle nicht etwa Vertretung anzunehmen ist, als ob das Usufructuar nicht seinen Process, sondern den Process des Proprietärs führte” (“neste caso não se deve pressupor a representação, como se não fosse o usufrutuário a conduzir o seu processo, mas sim o processo do proprietário” – tradução livre, ibidem, p. 40).

80. KOHLER, Josef. *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1894. p. 206-207. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=VT-SxmXw\_AC&pg=PP15&hl=pt-BR&source=gbs\_selected\_pages&cad=2#v=onepage&q&f=false]. Acesso em: 04.06.2023.

81. Tradução livre do seguinte trecho: “Ebenso verhält es sich mit der Processstandschaft, d.h., mit dem Rechte, für fremde Ansprüche Processe zu führen in einer den Anspruchsberechtigten bindenden Weise” (Ibidem, p. 206-207).

82. Tradução livre do seguinte trecho: “ein civilistisches Verhältniss der einen Person zum Civilrecht der anderen, kraft welchen Verhältnisses es der einen Person zusteht, einen Process zu führen, dessen civilistische Folgen auf die andere Person fallen – also das Verhältniss,

As características relevantes do instituto extraídas de tal obra<sup>83</sup> são: (i) a substituição se baseia em lei; (ii) é excepcional; e (iii) não necessariamente há interesse próprio do sujeito que defende o direito alheio.

Houve uma última oportunidade para Kohler se manifestar sobre o tema, em 1909<sup>84</sup>, definindo *Prozeßstandschaft* como uma “relação por meio da qual alguém (como condutor do processo) é parte em um processo, ainda que não se trate de um direito seu, mas sim de direito alheio”<sup>85</sup>.

Depois de resenhar as mesmas obras aqui referidas, Jordi Nieva-Fenoll concluiu que, apesar de Kohler ter lançado as bases para definição do instituto, não foi capaz de lhe dar contornos claros e seguros, até porque, cotejando-se todas as sucessivas definições dadas pelo mestre alemão, encontram-se quatro diferentes fórmulas<sup>86</sup>. Ademais, em nenhum momento Kohler se dedicou monograficamente ao tema, mas apenas o referiu incidental e pontualmente em vários ensaios, muitas vezes em poucas linhas, o que, contudo, não diminui em nada o pioneirismo e a relevância de suas reflexões.

Após o pontapé de Kohler, outros estudiosos alemães passaram a se dedicar ao tema.

Friedrich Stegemann escreveu ensaio a respeito do tema ainda em 1892<sup>87</sup>. O texto tem o mérito de examiná-lo pelo ângulo do Direito Processual Civil. O autor acolhe o conceito de Kohler, reconhecendo que o sujeito que age em nome alheio é um

---

kraft dessen der eine so zu sagen processweise über das Civilrecht des anderen walten darf” (ibidem, p. 296).

83. Ibidem, p. 298-304.

84. KOHLER, Josef. *Grundriss des Zivilprozesses mit Einschluss des Konkursrechts*, reprint. London: Forgotten Books, 2018. p.17.

85. Tradução livre do seguinte trecho: “Prozeßstandschaft ist das Verhältnis, wonach jemand (als Prozeßführer) Partei ist, obgleich es sich nicht um sein, sondern um fremdes Recht (Recht eines Beteiligten) handelt” (Idem).

86. São elas: (i) “poder jurídico de conducir un proceso en nombre propio sobre un patrimonio ajeno”; (ii) “facultad de ser parte en procesos con efectos sobre un tercero”; (iii) “derecho a participar en procesos sobre acciones ajenas, con efectos vinculantes para el poseedor de la acción”; e (iv) “relación civil que una persona tiene sobre el Derecho civil de outra, relación que permite a la primera persona participar en un proceso cuyas consecuencias civiles van a recaer sobre la segunda persona, rigiendo procesalmente sobre dicho Derecho” (*La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 24).

87. Die Parteien in Prozess: Ein Beitrag zur Kritik des herrschenden Parteibegriffes. *Sonderabdruck aus der Zeitschrift für Deutschen Civilprocess*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1892. Disponível em: [[https://rosdok.uni-rostock.de/resolve/id/rosdok\\_document\\_0000016818?lang=em](https://rosdok.uni-rostock.de/resolve/id/rosdok_document_0000016818?lang=em)]. Acesso em: 04.06.2023.



substituto (“Ersatz”<sup>88</sup>) que deve ser considerado como parte no processo. Já se encontra proposta, embora de forma muito sucinta, a separação entre as hipóteses em que o sujeito que age em nome alheio tem um interesse próprio (como no caso da *Dispositionnießbrauch*) e as hipóteses em que o sujeito age em nome alheio sem interesse próprio (como no caso do administrador da falência e na atuação do MP em favor do incapaz<sup>89</sup>).

Coube a Konrad Hellwig<sup>90</sup> fixar o estudo do instituto definitivamente no âmbito do Direito Processual Civil e dar-lhe sistematização mais adequada, apresentando diversos outros exemplos que não haviam sido considerados por Kohler<sup>91</sup>, de modo a influenciar de maneira decisiva a doutrina posterior<sup>92</sup>. A definição de Hellwig para o instituto é dada da seguinte forma: “quando um terceiro demanda como parte (ou seja, em seu próprio nome), quanto às relações jurídicas de outra pessoa”<sup>93</sup>. O fundamento do fenômeno foi identificado por Hellwig em um poder de administração sobre a posição substantiva de outrem (“Verwaltungsrecht”<sup>94</sup>), concedido a um sujeito diferente do titular do direito, do qual decorreria o poder processual de fazer valer em juízo esse direito (“Prozessführungsrecht”<sup>95</sup>). Esta última expressão é comumente traduzida como “direito de condução do processo”<sup>96</sup>. Outros autores alemães da época acolheram a concepção de Hellwig<sup>97</sup>, que continua a ser influente até os dias de hoje.

---

88. Ibidem, p. 35.

89. Ibidem, p. 37.

90. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: A. Deichert, 1912. v. 1. p. 160 e ss.

91. Ibidem, p. 169-170. À exceção do adquirente do bem litigioso que não ingressa na relação jurídica processual no lugar do alienante (§ 265 ZPO), os demais casos não guardam correlação com hipóteses do Direito brasileiro vigente.

92. Como reconhecem Edoardo Garbagnati (*La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942. p. 3 e FENOLL, Jordi Nieva. *La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 26).

93. Tradução livre do seguinte trecho: “Prozesßtandschaft nennt man es, wenn ein Dritter als Partei (also in eigenen Namen) über fremde Rechterhältnisse als fremde prozessiert” (*System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: A. Deichert, 1912. v. 1. p. 166).

94. Ibidem, p. 162.

95. Ibidem, p. 161 e 166.

96. GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942. p. 3.

97. V.g., ROSENBERG, Leo *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. 2. ed. rev. e atual. Berlin: Liebmann, 1929. p. 132, e GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto-Castro y Fernández. Barcelona: Labor, 1936. p. 115-116 (tradução da 2. ed. alemã, de 1932).

Contribuições relevantes podem ser encontradas em escritos de Hermann Breuckmann (1916)<sup>98</sup> e de Hans Bock (1928<sup>99</sup>). O primeiro negava veementemente a possibilidade de substituição processual voluntária, por negócio jurídico<sup>100</sup>, e o segundo pioneiramente a admitia<sup>101</sup> (sob a denominação *gewillkürte Prozesßstandschaft*, ao lado da *gesetzliche Prozesßstandschaft*, isto é, a substituição

- 
98. *Kann ein fremdes Recht im eigenen Namen klageweise geltend gemacht werden?* Verlag: Zschocke, 1916.
99. *Die gewillkürte Prozesßstandschaft*. Grefiswald: Hans Adler, 1928. FENOLL, Jordi Nieva (*La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 28) reputou (incorretamente) que a primeira obra a defender a substituição processual voluntária tenha sido a de Rudolf Mundhencke, que veio a lume apenas três anos depois (*Die Prozesßstandschaft: insbesondere die Prozesßstandschaft kraft Ermächtigung*. Hannover, 1931).
100. O autor inicia o seu ensaio destacando que, se alguém tem um direito e quer fazê-lo valer, tem basicamente três opções: (i) pode ajuizar uma ação em nome próprio; (ii) pode constituir um representante que ainda o fará em seu nome; ou (iii) pode transferir o direito a um terceiro para que este o faça em seu próprio nome. Contudo, o objetivo do seu estudo é verificar em que medida um sujeito faz valer direito alheio em nome próprio (*Kann ein fremdes Recht im eigenen Namen klageweise geltend gemacht werden?* Zschocke, 1916. p. 1). O autor entendia inviável a atribuição e transferência voluntária apenas do direito de ação, sem transferência do direito material (o § 4 do seu ensaio é intitulado “Logische und rechtliche Unmöglichkeit der Ueberlassung des Klagerecht ohne zivilien Anspruch”, isto é, “Impossibilidade lógica e jurídica de transmissão do direito de ação sem a pretensão civil” – tradução livre, *ibidem*, p. 17). A razão para isso está no fato de que o direito de ação, embora distinto da pretensão civil, é dela indissociável (*ibidem*, p. 15). Contudo, o autor já destacava (e criticava) alguns julgados que, com base no § 185 do BGB, autorizavam a transmissão do direito de conduzir o processo sem transferir o próprio direito material a ser tutelado (*ibidem*, p. 20-26). No entanto, o autor admitia que a transmissão seria possível com o consentimento do adversário do sujeito que age em juízo em nome próprio para defender direito alheio (*ibidem*, p. 27), pois, nesse caso, assumiria o risco de o sujeito que conduziu o processo não ter bens para responder pelas custas do processo e de não poder reconvir contra um estranho (*ibidem*, p. 28).
101. *Die gewillkürte Prozesßstandschaft*. Grefiswald: Hans Adler, 1928. O autor parte do entendimento jurisprudencial que Breuckman critica (*ibidem*, p. 9-10), para construir o argumento de que a substituição processual voluntária é, sim, cabível (*ibidem*, p. 12 e 34-38) e apresentar uma série de hipóteses em que poderia ser utilizada (*ibidem*, p. 12-18). O autor ainda destaca a necessidade de interesse do terceiro à proteção jurídica do direito alheio (*ibidem*, p. 18-19 e 40), e diferencia o instituto de outros, entre os quais a procuração (“Vollmacht”), justamente porque o procurador age em nome alheio (*ibidem*, p. 25). Conclui ainda que a coisa julgada se estende ao titular do direito (*ibidem*, p. 43-44) e que o adversário do substituído tem o direito de suscitar as defesas que caberiam contra o substituído (*ibidem*, p. 44).



processual prevista em lei). A aceitação da substituição processual voluntária tornou-se unisonamente aceita na doutrina alemã contemporânea.

### 3.3.2. Doutrina clássica italiana sobre sostituzione processuale

É notoriamente unânime (e carece de demonstração) o reconhecimento de que a construção e a denominação do instituto da substituição processual na doutrina italiana devem-se a Giuseppe Chiovenda. Em seus *Principii di diritto processuale civile*<sup>102</sup>, cuja primeira edição é de 1906, Chiovenda parte dos já referidos estudos de Kohler e Hellwig (com influência prevalecente do segundo<sup>103</sup>), para reconhecer, no direito privado, diversas hipóteses em que um sujeito exercita em juízo direito alheio em nome próprio<sup>104</sup>. Chiovenda sustenta que esse fenômeno não se confunde com o da representação processual (em que o representante defende direito alheio em nome alheio) e daí o batiza como “sostituzione processuale”<sup>105</sup>, sem fidelidade com o termo concebido na doutrina alemã (*Prozeßstandschaft*).

Os principais contornos do instituto definidos por Chiovenda foram os seguintes: (i) a caracterização do substituto como parte do processo<sup>106</sup>; (ii) a vinculação do substituído à sentença<sup>107</sup>; e (iii) a limitação dos poderes do substituto para atos de disposição do direito material<sup>108</sup> (sendo este um aspecto a afastar a concepção italiana da alemã).

Mesmo dedicando poucas páginas ao instituto, Chiovenda já desenhava diversas outras questões laterais relevantes, como: (i) a participação do substituído no processo (reconhecendo que em alguns casos ela seria obrigatória; em outros, facultativa<sup>109</sup>); (ii) a existência de duas categorias de substituição (aquela em que o substituto poderia agir diretamente e aquela em que somente poderia fazê-lo após omissão do substituído<sup>110</sup>); e (iii) a possibilidade de a substituição não se dar por todo o processo (podendo ocorrer inicialmente e cessar ou se iniciar apenas no curso do processo<sup>111</sup>).

---

102. *Principii di diritto processuale civile*, ristampa. Napoli: Jovene, 1965.

103. Como reconhece FENOLL, Jordi Nieva. *La sustitución procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 26.

104. *Principii di diritto processuale civile*, ristampa. Napoli: Jovene, 1965. p. 597.

105. Idem.

106. Idem.

107. Ibidem, p. 597.

108. Ibidem, p. 598.

109. Idem.

110. Ibidem, p. 599.

111. Ibidem, p. 601.

Foram referidos seis exemplos existentes no ordenamento italiano à época<sup>112</sup>, alguns presentes no ordenamento brasileiro atual.

Ulteriormente, em suas *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>113</sup>, de 1935, Chiovenda reconhece ter sido o responsável pela denominação do instituto, então já disseminada na doutrina de seu país<sup>114</sup>, e joga luzes sobre a necessidade de reconhecimento de um interesse do substituto em defender o direito alheio em nome próprio<sup>115</sup>. Acrescenta, ainda, a ideia de que o substituto poderia cobrar do substituído as despesas incorridas no processo movido para a defesa do seu direito<sup>116</sup>. No mais, para além de acrescentar outros três casos à lista de exemplos<sup>117</sup>, não há grandes inovações com relação ao que já havia sido desenvolvido nos *Principii*.

Em um primeiro momento, a proposição de Chiovenda constante dos *Principii* encontrou resistências. São bem conhecidas as objeções que Vincenzo Galante<sup>118</sup>, Enrico Redenti<sup>119</sup>, Antonio Segni<sup>120</sup> e Piero Calamandrei<sup>121</sup> fizeram ao instituto, mas sem repercussões relevantes. Todo o debate se achava impregnado da discussão acerca da natureza do direito de ação, que dominava completamente as atenções da

112. Ibidem, p. 599-600. São eles: (i) alienação da coisa litigiosa; (ii) ação do marido quanto ao bem dotal; (iii) ação contra o capitão do navio no lugar do proprietário; (iv) em caso de direito real de garantia, a ação contra o garante, no lugar do garantido; (v) credor em sub-rogação ao seu devedor; e (vi) ação popular supletiva.

113. *Istituições de direito processual civil*. Trad. José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

114. Ibidem, p. 346.

115. Idem.

116. Ibidem, p. 346-347.

117. Ibidem, p. 351. São eles: (i) sub-rogação na execução; (ii) credor de um dos condôminos pedindo a divisão do bem indiviso; e (iii) pluralidade de legitimados.

118. O autor enxergava o fenômeno como uma figura anômala de representação mais próxima da gestão de negócios (*Diritto processuale civile*. 2. ed. rev. Napoli: Lorenzo Alvani, 1909. p. 389-390).

119. Em sua emblemática monografia de 1911, o autor sustentava que não seria possível incluir em uma única categoria os fenômenos escassos e heterogêneos contemplados por Chiovenda (*Il giudizio civile con pluralità di parti*. Milano: Giuffrè, ristampa, 1960. p. 111).

120. O autor negava a própria existência do instituto, sob a premissa de que o suposto substituto iria a juízo pedir um provimento sobre a sua situação jurídica, e cujos efeitos repercutiriam apenas nessa extensão (*L'intervento adesivo: studio teorico-pratico*, Roma: Laz A Marchesi, 1919. p. 132 e ss.).

121. O autor sustentou que, a depender do conceito de “direito de ação” adotado, o instituto da substituição processual perderia utilidade (*La relatività del concetto d'azione*. *Rivista de Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, n. 1, p. 22-46, 1939).

doutrina processual italiana nas primeiras décadas do século XX. Ainda assim, diversos autores abraçaram o conceito chiovendiano mesmo antes de ter sido acolhido pelo texto expresso do CPC de 1940 (art. 81)<sup>122</sup>.

A consolidação dogmática do instituto se dá por força da obra de Edoardo Garbagnati, *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*<sup>123</sup>, logo após a promulgação do *Codice* italiano até hoje vigente. O autor analisa em muito maior profundidade as obras de Kohler e Hellwig e as críticas da doutrina italiana formuladas às proposições de Chiovenda nas primeiras décadas do século XX, e se dispõe a responder, entre outras, às seguintes questões: (i) qual a natureza jurídica do fenômeno, isto é, se direito subjetivo ou poder formativo; de direito substancial ou processual?<sup>124</sup>; (ii) qual seria o interesse do substituto ao agir em juízo na defesa do direito alheio?<sup>125</sup>; (iii) a coisa julgada produzida no processo em que agiu o substituto vincula o substituído?<sup>126</sup>; e (iv) seria cabível a substituição voluntária?<sup>127</sup>

Algumas outras passagens interessantes merecem ser postas em relevo, sobretudo no tocante à distinção entre substituição processual e representação processual, ambas reputadas por Garbagnati como espécies do gênero legitimidade extraordinária<sup>128</sup>, mas ontologicamente distintas pelo fato de o substituto agir no interesse próprio e o representante, no interesse alheio<sup>129</sup>, tal como propunha Chiovenda. Contudo, em outras passagens, Garbagnati se distancia de Chiovenda ao adotar a premissa de que o direito de ação não seria um direito a uma decisão favorável, mas sim a uma decisão de mérito, favorável ou não<sup>130</sup>.

Atualmente, reconhece-se que a monografia de Garbagnati é cientificamente datada. Em resenha realizada mais de 70 anos depois do advento da obra, Marino

---

122. Destacam-se NENCIONI, Giovanni. *Sostituzione processuale e legittimazione. Il Foro Italiano*, LX, 4, p. 380-396, 1935; ALLORIO, Enrico. *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria. Rivista di Diritto Commerciale*, v. 33, n. 1, p. 415-426, 1935; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 379-381; e ROCCO, Ugo. *Diritto processuale civile: parte generale*, ristampa. Napoli: Jovene, 1939. p. 199 e ss.

123. *La sostituzione processuale nel nuovo Codice di Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1942.

124. O autor define como um poder formativo no plano processual (ibidem, p. 120 e ss.).

125. O autor define como um verdadeiro e próprio direito de ação (ibidem, p. 137-138).

126. O autor responde afirmativamente (ibidem, p. 217).

127. O autor nega essa possibilidade, em razão da literalidade do art. 81 do CPC italiano (ibidem, p. 234-235).

128. Ibidem, p. 172-173.

129. Ibidem, p. 198.

130. Ibidem, p. 131-161.

Marinelli destaca que a obra se move “dentro do horizonte cultural e da linguagem metodológica da década de 1930”<sup>131</sup>.

Nas primeiras décadas posteriores à promulgação do CPC de 1940, a doutrina italiana, com raras exceções<sup>132</sup>, continuou a prestigiar substancialmente as lições de Chiovenda e Garbagnati<sup>133</sup>, embora posteriormente tenha se desgarrado delas.

#### 4. À GUIA DE CONCLUSÃO

O breve perfil histórico aqui traçado permite constatar a existência de uma zona de penumbra entre os dois institutos ora estudados, que remonta ao direito romano (nas dúvidas em torno da posição dos *cognitores*, *procuratores*, *defensores*, *tutores*, *curatores* etc.) e no direito comum (notadamente na aproximação da *legitimatío ad causam* à *legitimatío ad processum*), em especial na península Ibérica (em face do papel do “personero” e procurador que não recebeu poderes da parte por “carta de personería” e procuração, respectivamente). Isso se deve às dificuldades de separar, à luz de experiências sociojurídica-culturais muito diversas, o que se entenderia por “agir em nome próprio” e “agir em nome alheio”.

- 
131. Transcreve-se o trecho original: “entro l'orizzonte culturale e il linguaggio metodologico degli anni Trenta del secolo scorso” (Rileggendo Edoardo Garbagnati “La sostituzione processuale nel nuovo C.P.C.”: *Jus*, v. 1, p. 88, 2014).
  132. Destaque-se em especial Salvatore Satta, que negava a própria existência do instituto, por discordar da premissa de que o substituto fizesse valer um direito alheio; entendia haver direito próprio, decorrente de interferências entre as relações jurídicas do suposto substituto e do suposto substituído (*Commentario al Codice di Procedura Civile*. Milano: Francesco Vilardi, 1959. v. 1, p. 272-273, e *Diritto processuale civile*. 8. ed. Padova: Cedam, 1973. p. 86).
  133. CARNELUTTI, Francesco. Cosa giudicata e sostituzione processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. 19, p. 24-28, 1942, e *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. 1. p. 176-178 (a obra original é de 1956); CALAMANDREI, Piero. Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo código. *Opere juridiche*, a cura di Mauro Cappelletti, Napoli: Morano, 1970. v. 4. p. 477-481 (obra original data de 1944); ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*, 4. ed. agg., Milano: Giuffrè, 1946. v. 1. p. 310-318; ANDRIOLI, Virgilio. *Commento al Codice di Procedura Civile*. 3. ed. riv., Napoli: Jovene, 1954. v. 1. p. 228-233; BLASI, Ferdinando Umberto Di. *Sostituzione processuale. Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. v.17. p. 993-996; MICHELI, Gian Antonio. *Corso di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1959. v. 1. p. 182-184; e LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1980. v. 1. p. 142.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Algumas reflexões sobre a legitimação adequada e a representação adequada na celebração do compromisso de ajustamento de conduta a partir do desastre do Rio Doce, de Bruno Gomes Borges da Fonseca, Hermes Zaneti Jr. e Rafaella Schmidt – *RePro* 324/267-300;
- Para além da dicotomia entre representação ou substituição processual: análise dos impactos do julgamento do RE 573.232/SC e RE 612.043/PR para o processo coletivo brasileiro, de Gustavo Viegas Marcondes – *RePro* 295/331-350; e
- Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário, de Lia Carolina Batista Cintra – *RePro* 292/83-125.

Use exclusivo – proibida a reprodução

# A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO DE TERCEIRO NÃO RESPONSÁVEL PELO DANO: ANÁLISE DO REsp 2.046.955/RJ

*INTERRUPTION OF THE PRESCRIPTION DUE TO THE CITATION OF A THIRD PARTY NOT RESPONSIBLE FOR THE DAMAGE: ANALYSIS OF REsp 2,046,955/RJ*

**JOSUÉ DE SOUSA LIMA JR.**

Doutorando em Direito Público na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). LL.M. em Processo e Recursos nos Tribunais Superiores pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. josuejuniorl@hotmail.com

**LARISSA BRAGA COSTA DE OLIVEIRA LIMA**

Doutoranda em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. larissa\_bco@hotmail.com

Recebido em: 23.05.2024

Aprovado em: 05.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil

**RESUMO:** A prescrição é uma exceção substancial à disposição do devedor, que em nada influi na pretensão do credor, apenas encobre a eficácia do poder do sujeito ativo de exigir a prestação. Prescrita a pretensão, não há qualquer abalo ao direito material alegado e nem qualquer influência no direito processual de ação do suposto prejudicado. O Código Civil elenca as causas interruptivas da prescrição, entre elas a citação válida do acionado, no prazo e na forma da lei processual. Neste artigo, logo depois da revisão bibliográfica sobre o tema, aborda-se o acórdão proferido no REsp 2.046.955/RJ, com análise acerca da interrupção da prescrição pela citação de terceiro sem responsabilidade pelo dano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prescrição – Pretensão – Interrupção – Citação – Terceiro.

**ABSTRACT:** Prescription is a substantial exception to the debtor's disposition, which in no way influences the creditor's claim, it only conceals the effectiveness of the active subject's power to demand performance. Once the claim has expired, there is no impact on the alleged material right nor any influence on the procedural right of action of the alleged aggrieved party. The Civil Code lists the interruptive causes of prescription, including the valid summons of the defendant, within the term and in the form of procedural law. In this article, after a bibliographical study on the topic, the ruling given in REsp 2,046,955/RJ, with analysis regarding the interruption of the prescription is addressed due to the summons of a third party without responsibility for the damage.

**KEYWORDS:** Prescription – Claim – Interruption – Citation – Third.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A pretensão e o início do curso do prazo prescricional. 2.1. Teorias da *actio nata* objetiva e subjetiva. 3. Renúncia à prescrição e o seu reconhecimento judicial *ex officio*. 4. Causas que influenciam no curso do prazo prescricional. 4.1. Interrupção da prescrição pela citação. 5. Análise do REsp 2.046.995/RJ – Interrupção da prescrição pela citação de terceiro não responsável pelo dano. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas. 8. Referências jurisprudenciais.

## 1. INTRODUÇÃO

O tempo não é indiferente ao Direito. A consolidação jurídica de determinadas situações fáticas em virtude do não exercício de pretensões dentro de um determinado prazo legalmente estabelecido é um imperativo de segurança jurídica e de harmonia das relações sociais, pois não se admite a possibilidade de que o titular do direito patrimonial possa, a qualquer momento, provocar o cumprimento da obrigação, sujeitando o devedor à incerteza perene. Daí vem a prescrição, “uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza das relações jurídicas”, nas palavras de Clóvis Beviláqua<sup>1</sup>.

Segundo Bento de Faria<sup>2</sup>, a prescrição não tem qualquer consideração de ordem particular, não tem qualquer atenção ao indivíduo, dá-se em benefício da “vida colectiva”. Dentro da relação obrigacional, que é dinâmica por natureza, vista, assim, como um processo que se desenvolve rumo ao adimplemento e à liberação do devedor, há de se garantir ao sujeito passivo exceção contra a inércia injustificada do credor.

A prescrição, cuja natureza jurídica é de exceção substancial, pressupõe que haja uma pretensão. O objeto da prescrição é a pretensão. A pretensão é o poder do credor de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação positiva ou negativa. Prescrição e pretensão, em matéria de direitos patrimoniais, são conceitos que não se dissociam. Diz o art. 189 do CC/2002 que, violado o direito, nasce a pretensão, que se extingue pela prescrição, dentro de prazos positivamente fixados. Essa é a regra geral da teoria da *actio nata*. Contudo, a redação do referido dispositivo não é imune às críticas da doutrina, uma vez que nem sempre a pretensão surge da violação ao direito do credor, bem como não é verdadeiro que a prescrição extinga a pretensão, ela apenas encobre sua eficácia. Mesmo que incida a regra prescricional pelo

1. BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. São Paulo e Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1929. p. 372.
2. FARIA, Antônio Bento de. A prescrição recomeçada pode ser novamente interrompida? In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito civil – Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 5, p. 194.



não exercício tempestivo da pretensão, ainda assim, é possível a busca pelo crédito, em virtude do direito processual de ação e da subsistência do direito material supostamente violado. Uma vez acionado, o devedor pode satisfazer a prestação, caso resolva não arguir a prescrição, ressalvada a possibilidade de que a exceção seja reconhecida de ofício pelo juiz.

Na doutrina e na jurisprudência, há divergência sobre o momento no qual começa a correr o prazo prescricional. Há uns que entendem que o curso da contagem do prazo se dá com a violação do direito (*actio nata* objetiva); outros entendem que, além da violação do direito, é preciso o conhecimento do lesado (*actio nata* subjetiva). No campo doutrinário, a discordância de posições se lastreia na natureza da relação obrigacional, estando na base da teoria objetiva a relação contratual, levada em consideração por Savigny para exigir apenas a violação ao direito, sem qualquer consideração ao aspecto subjetivo. A depender de se exigir no caso concreto a ciência do titular do direito violado, tem-se a divisão da teoria da *actio nata* objetiva ou subjetiva, ambas adotadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não se ignora que a exigência de conhecimento do titular do direito quanto à violação demanda avaliação de índole subjetiva, que pode prejudicar o devedor. Contudo, foi cunhado doutrinariamente o “critério da possibilidade da descoberta”, como forma de reduzir o grau de subjetividade, por meio da avaliação objetiva de certos aspectos fáticos.

Diante da natureza jurídica da prescrição, exceção substancial que cabe ao devedor e que em nada afeta a ação de direito processual, existe, há muito tempo, discordância de parte da doutrina quanto à possibilidade de o juiz reconhecer de ofício a prescrição quando se cuida de direito patrimonial, vedação que por décadas existiu na legislação. Não tendo o devedor alegado a prescrição como matéria de defesa, não deveria ser dado ao juiz fazê-lo sem provocação, ainda mais quando não há possibilidade de renúncia antecipada à prescrição. Ocorre que a Lei 11.280/2006, alterando o Código Civil e o Código de Processo Civil, passou a admitir o reconhecimento *ex officio* da matéria, modificando, nesse caso, a regra geral de que as exceções substanciais dependeriam de alegação da parte ou do interessado. Essa alteração legal, contudo, não modificou a possibilidade de renúncia da prescrição consumada, tampouco influenciou na interdição de arguição de prescrição na fase de cumprimento da sentença relativamente às pretensões deduzidas na fase de conhecimento, em virtude do dever de respeito à coisa julgada.

O tempo é uma grandeza física que, naturalmente, não se impede o curso, e sendo ele influente nas relações jurídicas, sobretudo nas de caráter obrigacional, foi necessária a criação artificial de causas que impeçam, suspendam ou interrompam a consumação da prescrição. Por ficção jurídica, a marcha temporal pôde ser manipulada. Esse manejo artificial se compõe de causas de ordens objetiva e subjetiva,



nas quais a vontade dos sujeitos da obrigação pode ou não ser relevante para a contagem do prazo prescricional.

É incontroverso que a prescrição tem a finalidade de estabilizar as relações sociais, garantindo segurança jurídica. Porém, convém destacar que há circunstâncias fático-jurídicas que impedem o exercício da pretensão, afetando o poder do credor de exigir o cumprimento da prestação positiva ou negativa. Essas circunstâncias podem ser impeditivas, suspensivas ou interruptivas da prescrição, as quais devem ser avaliadas em conjunto com o comportamento do titular do direito. É necessário dizer, sobre as causas impeditivas e suspensivas, que elas são determinadas em função do momento em que surge a pretensão, de forma que uma mesma situação fática pode impedir ou suspender o curso do prazo prescricional.

Entre as causas que influenciam o curso do prazo prescricional, interrompendo-o, uma especial merece atenção: a citação válida em processo judicial manejado para a busca do crédito, por suscitar questionamentos das mais diversas ordens. Por exemplo: a interrupção da prescrição ocorre mesmo que o pedido seja julgado improcedente ou extinto o feito sem análise do mérito? A citação interrompe mais de uma vez a prescrição, mesmo quando já interrompida por causa extrajudicial precedente? Interrompida a prescrição pela citação, a partir de quando ela volta a correr? O momento em que essa citação é feita influi na retroatividade da interrupção à data da propositura da demanda? Mesmo quando a defesa do crédito é feita dentro de ação proposta pelo devedor, é possível a interrupção da prescrição? A citação de terceiro não responsável pela violação do direito interrompe a prescrição?

Com base na doutrina e na jurisprudência do STJ, essas e outras questões são tratadas no presente texto, a partir de revisão bibliográfica acerca do tema da prescrição, para posterior análise do Recurso Especial 2.046.995/RJ, julgado em 15 de agosto de 2023, o qual envolve a citação válida como causa interruptiva da prescrição, adotando uma das vertentes da teoria da *actio nata*. No acórdão, levou-se em consideração o tipo de relação jurídica para avaliar o comportamento do credor e definir o começo da contagem do prazo prescricional, quando a citação se dá em face de terceiro não responsável pelo dano, acionado em processo diverso.

## 2. A PRETENSÃO E O INÍCIO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Diz o art. 189 do CC/2002<sup>3</sup> que, “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

3. Anote-se a crítica de Marcos Bernardes de Mello à redação do art. 189 do CC/2002: “A exceção de prescrição somente tem o efeito de encobrir a pretensão e a ação (ambas

Essa é a regra geral da teoria da *actio nata*, na qual se destaca a nítida relação entre direitos patrimoniais e prescrição. A pretensão constitui o poder do credor de exigir do devedor, por meio de uma ação condenatória, o conteúdo do direito subjetivo, consistente em uma prestação positiva ou negativa.

Em que pese a redação do art. 189 do CC/2002 (inspirado no § 194, I, do Código Civil alemão), não há sempre uma correspondência necessária entre a violação do direito subjetivo e o nascimento da pretensão corresponsiva, pois existem casos nos quais a pretensão já existe mesmo antes de eventual violação do direito do credor. Exemplo disso se dá quando o cumprimento da obrigação depende de conduta comissiva do titular da prestação (v.g.: caso das dívidas quesíveis<sup>4</sup>). Nasce para o titular a pretensão de receber o respectivo crédito desde o momento em que a conduta pode ser executada por ele, não havendo, sem a conduta do credor, inadimplemento ou mora. Começa a correr o prazo prescricional desde a época em que o credor pode agir e não age, sem qualquer justificativa. Afasta-se, nesses casos, a ideia de violação como pressuposto da pretensão.

Nessas hipóteses, conforme leciona Pontes de Miranda<sup>5</sup>, o prazo prescricional começa a fluir desde o momento em que o credor pode pedir o cumprimento da prestação ou avisar o devedor, pois “[...] só se trata de exercício da pretensão, e não de nascimento de pretensão. A pretensão já existe, já é exigível a prestação; apenas não fôra exigida”. Assim, o é porque vincular, em todos os casos, o surgimento da pretensão à violação do direito poderia ensejar que o credor manejasse o prazo prescricional a seu favor, tornando a pretensão imprescritível. Todavia, é de se ressaltar que esse entendimento não é pacífico na doutrina.

Câmara Leal<sup>6</sup> advoga a tese de que, nos casos em que a exigibilidade da prestação depende da vontade do titular da prestação, sem essa manifestação de vontade, não há obrigação nem ação, “[...] não podendo, portanto, correr a prescrição. É da reclamação não atendida que nasce a ação do titular, e dela, portanto, é que a prescrição

---

de direito material), nunca de extingui-las, de modo que encerra erro inaceitável a norma do art. 189 do Código Civil quando enuncia, *in litteris*: *Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição...*” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da eficácia. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 212. Grifos do original.)

4. Art. 327 do CC/2002.
5. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. t. 6, p. 240.
6. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*: teoria geral do direito civil. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 25.

começa a correr”. A mesma linha de raciocínio seguem Tepedino, Barboza e Moraes<sup>7</sup>, para quem: “[...] as pretensões que prescindem da violação de direito não dão ensejo a prescrição, que só surge com a violação. O que diferencia as duas hipóteses é o fato de que a pretensão prescritível nasce com a violação ao direito, incidindo precisamente sobre ela o prazo prescricional.”

Moreira<sup>8</sup> faz uma importante distinção quanto à necessidade de violação do direito para fins do surgimento da pretensão, baseada na diferença entre as relações jurídicas obrigacionais e as relações jurídicas de direito real. Para o autor, em se cuidando de relação jurídica de direito obrigacional, para que surja a pretensão, como poder de exigir, devem concorrer a existência do direito e a sua violação. Todavia, quando é o caso de uma relação jurídica de direito real, caracterizada pelo absolutismo, a pretensão existe mesmo que o direito não tenha sido violado, pois ela é “[...] anterior a qualquer ato lesivo, o qual talvez jamais ocorra” (grifo do autor).

A posição doutrinária de Pontes de Miranda, supramencionada, que, em casos específicos, desvincula a violação do direito ao nascimento da pretensão e leva em conta o comportamento do credor, é mais consentânea com a boa-fé e com “elo de cooperação” entre os sujeitos da relação jurídica obrigacional, conforme a lição de Couto e Silva<sup>9</sup>.

O decurso do tempo e a violação do direito são componentes da prescrição, porém, isoladamente, insuficientes para sua ocorrência. Além disso, é preciso verificar o comportamento do sujeito lesado, diante das circunstâncias fáticas, a fim de se perscrutar se estavam presentes as condições para o exercício da pretensão. A aplicação automática e subsuntiva dos prazos prescricionais, sem atentar para os fatos específicos da relação jurídica, conflita com as ideias de justiça e segurança jurídica. A efetiva possibilidade de busca da reparação do direito violado deve ser conjugada com o decurso do tempo, para fins de apuração da inércia necessária à prescrição. O poder de exigir a prestação positiva ou negativa deve ser concreto, avaliado casuisticamente. Não basta a possibilidade abstrata. Assim, é imperioso

7. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 351.
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 22, p. 150, jul.-dez. 2022.
9. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 33.

perscrutar a ocorrência de causas que impeçam o exercício da pretensão, que sejam impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição, ou outras situações fáticas que obstem o conhecimento do dano e sua extensão. Só haverá omissão do titular da situação jurídica ativa quando essas causas não estiverem presentes, ou quando, em certos casos, não houver conhecimento da lesão ao direito, sua autoria ou sua extensão. Há inércia quando a postura ativa pode ser desempenhada pelo titular da pretensão, e esse não o faz. A inércia injustificada contra a violação do direito mais o decurso do lapso temporal previsto na legislação acarretam a prescrição da pretensão.

### 2.1. Teorias da *actio nata* objetiva e subjetiva

Quanto ao termo inicial da prescrição, há intenso debate doutrinário, que se divide entre duas correntes. A primeira defende a tese de que o marco inaugural da prescrição está no momento da violação do direito (corrente objetiva); a segunda leva em consideração o momento no qual o lesado toma conhecimento da violação (corrente subjetiva). Pela teoria objetiva da *actio nata*, defendida por Savigny, citado por Câmara Leal<sup>10</sup>, basta a violação do direito para que se inicie o curso do prazo prescricional, pois “[...] se se subordina o ponto de partida da prescrição ao fato da violação que a ação é chamada a combater, este início tem natureza puramente objetiva, pouco importando que o titular tenha ou não, conhecimento dela”. Todavia, o próprio Câmara Leal defende a incidência da corrente subjetiva, levando em conta que a prescrição é uma punição ao lesado que não exerceu a pretensão tempestivamente. Entende, portanto, que não se pode aplicar tal punição “[...] sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação. [...] não se compreende a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação”<sup>11</sup>.

Calha ressaltar que Simão<sup>12</sup> informa que a tese de Savigny foi construída com base no “inadimplemento de obrigações contratuais, e não extracontratuais”, pelo que seria acertada, sob esse prisma, a ideia de que a pretensão surge com a lesão, sendo dispensável o conhecimento. Para Simão, contudo, no caso de responsabilidade extracontratual, a lesão e o conhecimento do lesado são pressupostos do início da contagem do prazo prescricional.

10. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Op. cit., p. 23.

11. Ibid., p. 23.

12. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 213.

Segundo esse autor<sup>13</sup>:

“Deve-se separar a responsabilidade contratual da extracontratual para a compreensão do início do prazo prescricional.

Na obrigação contratual, o valor segurança se revela evidente. Os prazos se iniciam com a violação, tenha o credor ciência ou não do inadimplemento. Alegar que não sabia que o descumprimento ocorrera significa, em última análise, que o credor não se preocupou com a execução do contrato, ou seja, foi descuidado. [...]

Diferentemente do descumprimento do contrato, em que o credor, por presunção legal, deve saber que o contrato foi inadimplido, nessa hipótese [responsabilidade extracontratual], a vítima não pode ser punida, como se negligente fosse, se sequer tinha ciência do dano sofrido. Aqui o seguro é injusto.”

Farias e Rosenvald<sup>14</sup> inclinam-se pela adoção da teoria subjetiva, que exige a ciência do prejudicado para que se dê início ao curso do prazo prescricional, em homenagem à boa-fé, que não permite o prejuízo ao titular do direito violado sem que ele tenha “conhecimento da violação”. Para esses autores, contudo, a prova da alegação da falta de ciência deve ser feita pelo prejudicado, a partir de análise objetiva que demonstre concretamente a impossibilidade do conhecimento da lesão ao tempo da violação, sob pena de o titular do direito poder postergar indefinidamente o termo inicial da prescrição, por meio de simples arguição.

O mesmo entendimento é compartilhado por Saab<sup>15</sup>, para quem: “[...] o início do decurso do prazo prescricional é vinculado à data em que o titular do direito tomou conhecimento da lesão, sua autoria e efeitos, ou razoavelmente poderia ter tido ciência de tais fatos, a partir de standards objetivos de atuação.”

O CC/2002, como regra geral, adotou a teoria objetiva da *actio nata*, dando como termo inicial da prescrição a data da violação do direito, nos termos do seu art. 189. Porém, há no mesmo Código disposição específica que leva em consideração a “ciência do fato gerador da pretensão”, conforme o disposto no art. 206, § 1º,

13. SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 115-116.
14. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1 – Parte geral e LINDB, p. 720.
15. SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição. In: MORAES, Maria Celine Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coords.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 135.

II, *b*, que versa sobre a regra acerca da prescrição da pretensão do segurado contra o segurador e vice-versa, não sendo o caso do seguro de responsabilidade civil.

Na jurisprudência do STJ, a controvérsia não se acha pacificada por uma ou outra vertente, de modo que há julgados que adotam a teoria objetiva e outros que seguem direção oposta. Extrai-se da ementa do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1.794.362/SP, julgado pela 4ª Turma (rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 27.09.2021), que:

“O Código Civil vigente adotou, como regra geral, a data da lesão do direito – e não a da respectiva ciência – em prol da segurança jurídica, escopo da prescrição, evitando, assim, impor a alguma das partes o ônus da difícilíssima prova da data da ciência do fato, o que deixaria a fluência do prazo, em muitas hipóteses, a critério do autor da ação, sendo as exceções a essa regra dependentes de previsão legal específica (p. ex.: §1º, inciso II, alínea “c”, do art. 206, do Código Civil e art. 27 do CDC).”

Por outro lado, em 19 de setembro de 2023, a 1ª Seção do STJ, ao apreciar o Agravo Interno na Ação Rescisória 6.151/PR<sup>16</sup>, firmou entendimento diverso. Restou afirmado:

“De fato, conforme já decidido, esta Corte possui o firme entendimento de que, em homenagem ao princípio do *actio nata*, o termo inicial do prazo prescricional não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, conforme determina o art. 189 do Código Civil.”

Vale mencionar, neste aspecto, o teor da Súmula 278 do STJ, segundo a qual, “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

Pode-se afirmar, diante dessa divergência jurisprudencial do STJ, que a adoção da teoria objetiva ou subjetiva da *actio nata* depende da análise do caso concreto, conforme as suas particularidades. Diferenciam-se os casos em que o início da contagem do prazo prescricional se dá com a violação do direito e os casos nos quais a contagem somente inicia com o conhecimento da violação pelo prejudicado. O fato de se ter uma relação jurídica contratual ou extracontratual tem peso relevante na adoção de uma ou outra vertente teórica.

16. BRASIL. STJ, AgInt na AR 6.151/PR, 1ª S., rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.09.2023, *DJe* 21.09.2023. Processual civil. Ação rescisória. Transportes terrestres. Prescrição. Desproviamento do agravo interno. Manutenção da decisão recorrida.

É certo que o condicionamento do início do curso do prazo prescricional à ciência do lesado possui elevada carga de subjetividade, de forma que esse princípio pode(ria) ser manipulado, tornando, no limite, praticamente imprescritível a pretensão. Por isso, conforme Saab<sup>17</sup>, forjou-se o “critério de possibilidade de descoberta (*discoverability criteria*)”, o qual é composto de *standards* que devem ser aferidos em cada caso, constituído dos seguintes elementos: “(i) o comportamento exigível do titular; (ii) se se afigurava possível conhecer a violação, sua autoria e efeito danoso; e (iii) o comportamento efetivamente adotado pelo titular.” A aferição de cada um desses elementos tem o condão de reduzir ao máximo possível o grau de incerteza na adoção da teoria subjetiva da *actio nata*, pois o comportamento do credor é verificado casuisticamente, a fim de avaliar o grau de diligência do sujeito cujo direito foi violado e se essa atuação diligente seria suficiente ou não para o conhecimento do dano, sua autoria e extensão.

### 3. RENÚNCIA À PRESCRIÇÃO E O SEU RECONHECIMENTO JUDICIAL *EX OFFICIO*

Prevista no art. 191 do CC/2002, a renúncia à prescrição implica, ainda que indiretamente, em um decréscimo patrimonial, equiparável à alienação<sup>18</sup>. Cumprir uma obrigação cuja pretensão está esmaecida, porque prescrita, prejudicando, por exemplo, outros credores com pretensão hígida, pode caracterizar ato fraudulento, caso reduza a possibilidade de o devedor saldar outras dívidas exigíveis. Anote-se que a natureza jurídica dessa renúncia não é de doação, mas de ato abdicativo. O crédito correlato à renúncia não renasce; apenas fica confirmado, na medida em que o devedor não suscita o encobrimento da pretensão pela prescrição. Nesse contexto, ensina Lopes<sup>19</sup>: “No caso de renúncia tácita, se o devedor, acionado por um crédito já prescrito, mantém-se inerte, o credor interessado pode intervir no processo e invocar a exceção não oposta pelo devedor. Em havendo renúncia expressa, o meio apropriado é o recurso à ação pauliana.”

- 
17. SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição. In: MORAES, Maria Celi-na Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coords.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019. p. 143-144.
  18. BRASIL. STJ, REsp 1.360.269/RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.11.2018, DJe 08.03.2019. Recurso especial. Incorporação imobiliária e teoria da aparência. Prescrição. Renúncia. Ato inequívoco. Imprescindibilidade. Incorporação. Proprietário do terreno e incorporadora. Solidariedade ou sucessão obrigacional. Inexistência. Insolvência da incorporadora. Rescisão do contrato de alienação do terreno. [...].
  19. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1971. v. 1, p. 523.



A ação do terceiro prejudicado pela renúncia da exceção substancial se justifica porque “o que não é devedor pode alegar a prescrição; e a decisão, que acolhe a alegação, não faz coisa julgada quanto à existência da dívida. [...] É vício lamentável pensar-se em exceção de prescrição somente a favor do que é devedor”<sup>20</sup>.

Por expressa previsão legal (art. 191 do CC/2002), é possível que haja a renúncia à prescrição, desde que o ato abdicativo se dê depois de consumado o prazo previsto em lei para o encobrimento da pretensão do credor e sem prejuízo de terceiros, como anteriormente afirmado. A prescrição, no direito obrigacional, é instituto ligado a direito patrimonial, de natureza disponível, o que, logicamente, permite ao devedor satisfazer a obrigação cuja pretensão está encoberta pela exceção substancial, mas amparada em direito material inabalado pela inércia injustificada do titular. Por exemplo, o pagamento da dívida prescrita é ato de renúncia expressa da prescrição, quando poderia o devedor arguir a prescrição e não o faz. Convém dizer, nesse sentido, que “o ato-fato jurídico da prescrição somente produz, no mundo jurídico, o efeito de criar o *ius exceptionis*, isto é, o direito de exceção da prescrição. Direito que se exerce, ou não”<sup>21</sup> (grifos do original). A prescrição, que nada tira do credor, o qual permanece com a ação de direito processual e com o direito material alegado, em verdade, faz nascer em favor do devedor exceção substancial cuja arguição “depende de sua exclusiva vontade”<sup>22</sup>, como leciona Amorim Filho<sup>23</sup>.

A prescrição atinge apenas a eficácia da pretensão do titular do direito violado, “mas não extingue ou apaga os direitos”, como leciona Couto e Silva<sup>24</sup>. Por isso, o adimplemento de uma obrigação prescrita é válido, sem possibilidade de repetição (CC/2002, art. 882), uma vez que o direito do credor não se extinguiu pelo decurso do prazo, qualificado pela inércia injustificada do titular. A prescrição implica, apenas, “o encobrimento da eficácia” da pretensão, e “não na extinção do direito que ela protege, pois [...] em face dos denominados ‘direito a uma prestação’, a pretensão e ação funcionam como meios de proteção e não como meios de exercício”, de acordo

---

20. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Op. cit., p. 238.

21. Ibid., p. 238.

22. Posição doutrinária anterior à autorização legal para o reconhecimento *ex officio* da prescrição, dada pela Lei 11.280/2006.

23. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf]. Acesso em: 20.10.2023.

24. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 90.



com Amorim Filho<sup>25</sup>. Leciona Pontes de Miranda<sup>26</sup> que “essa noção de técnica de encobrimento evita negação do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, e da própria eficácia deles. A exceção não nega sequer, a eficácia do direito, da pretensão, da ação, ou exceção do executado, – só a *encobre*” (grifo do autor).

Embora o direito possa ser protegido pela pretensão, com ela não se confunde, pois o direito subsiste mesmo sem pretensão. Diz Theodoro Júnior<sup>27</sup> que “[...] não é o direito subjetivo descumprido pelo sujeito passivo que a inércia do titular faz desaparecer, mas o direito de exigir em juízo a prestação inadimplida que fica comprometido pela prescrição”. A prescrição não atinge a ação de direito processual, que pode ser exercitada para a busca do direito material violado, ainda que a eficácia da pretensão tenha sido comprometida pelo decurso de prazo legalmente estipulado.

Sob o aspecto processual, é incorreto dizer que a prescrição atinge a ação, pois o direito de ação, como direito a uma sentença de mérito, é dirigido contra o Estado. É um direito público daquele que se diz lesado pela conduta do devedor da prestação e do sujeito acionado, independentemente do direito material vindicado, que pode nem ser reconhecido no final do processo.

De acordo com Dinamarco<sup>28</sup>:

“Recebe a tutela plena o autor ou o réu, conforme o caso, constituindo imperdoável erro de perspectiva a preconceituosa ideia de que só ao demandante ela poderia ser concedida [...].

[...]

Tanto quanto a ação, depois de cumprido o *iter* do procedimento, também o direito de defesa resolve-se em direito ao julgamento de mérito” (grifos do original).

O direito processual de ação e o direito material alegado não sofrem qualquer influência da prescrição, uma vez que há possibilidade de renúncia dela depois de consumada, desde que sem prejuízo de terceiros, os quais podem impugnar a renúncia expressa ou tácita. Advirta-se, no ponto, que, para o caso de renúncia tácita, deve haver ato inequívoco do devedor, não valendo o silêncio. Com efeito, é “perfeitamente concebível” que o credor, reclamando judicialmente a prestação, seja atendido,

---

25. AMORIM FILHO, Agnelo, cit.

26. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 66.

27. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 152.

28. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 2, p. 348-349.

caso o devedor não oponha a exceção de prescrição, como leciona Moreira<sup>29</sup>. Isso explica a possibilidade de renúncia da prescrição consumada, prevista no art. 191 do CC/2002, quando o sujeito passivo, sem qualquer prejuízo ao direito de terceiro, satisfaz a obrigação cuja pretensão teve sua eficácia encoberta.

A prescrição é exceção que está ligada ao não exercício de pretensões relacionadas a direitos de caráter patrimonial, disponíveis por natureza, competindo ao prescribente, caso queira, renunciá-la, cumprindo a obrigação reclamada pelo credor. Todavia, mesmo com a possibilidade de renúncia da prescrição (depois de consumada) prevista no CC/2002, existe ainda a permissão de o juiz reconhecê-la de ofício, conforme dispõe o CPC/2015 (arts. 332, § 1º, e 487, II). Como regra geral, as exceções materiais precisam ser alegadas pelo devedor, sendo vedado seu conhecimento *ex officio*. Porém, no caso da prescrição, existe permissão legal, excepcional, para o seu pronunciamento judicial sem provocação do interessado, de acordo com a lição de Didier Júnior<sup>30</sup>.

Na redação original do revogado art. 194 do CC/2002, havia vedação expressa ao reconhecimento de ofício da prescrição (dada sua natureza de exceção substancial), o que era consentâneo com a disposição do art. 193 do mesmo Código, que ainda hoje diz que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte que a aproveita. Esses dispositivos, em conjunto, evidenciavam a natureza disponível da prescrição, sem possibilidade de protagonismo judicial na matéria.

Atualmente, a prescrição continua sendo renunciável e arguível em qualquer grau de jurisdição (arts. 191 e 193 do CC/2002). Entretanto, não mais subsiste a vedação para que o juiz a pronuncie de ofício, sem provocação do interessado, seja devedor ou terceiro interessado. A Lei 11.280/2006 revogou o art. 194 do CC/2002 e alterou a redação do art. 219, § 5º, do CPC/1973, para permitir que o juiz possa pronunciar a prescrição de ofício, o que resta mantido no art. 487, II, do CPC/2015.

Do parecer do relator do projeto de lei que resultou na Lei 11.280/2006, se extrai a seguinte passagem<sup>31</sup>:

“A providência é salutar, uma vez que, podendo a prescrição ser alegada em qualquer grau de jurisdição (art. 193 do Código Civil), não raro o seu reconhecimento

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 19, n. 22, p. 153, jul.-dez. 2022.

30. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 630.

31. Disponível em: [[https://camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=308078&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+4726/2004](https://camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=308078&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+4726/2004)]. Acesso em: 02.11.2023.

tardio ocasionava a tramitação inócua do processo, gerando uma extinção do feito que poderia ter ocorrido muito antes (art. 269, IV, CPC).”

As razões do parecer não ferem a natureza jurídica da prescrição e sua conexão com direitos patrimoniais, tampouco cogita da possibilidade de o débito ser satisfeito voluntariamente no curso do processo judicial, ou, não sendo arguida a prescrição pelo interessado, de que o pedido do credor eventualmente possa ser julgado procedente. Na opinião de Dinamarco<sup>32</sup>, “[...] diante dessa configuração do direito positivo brasileiro atual, não só a decadência mas agora também a prescrição constituem autênticas *objeções* e não *exceções em sentido estrito*” (grifos do original).

Beviláqua<sup>33</sup> era contra a possibilidade de o juiz pronunciar a prescrição de ofício, o que também era a opinião de Lopes<sup>34</sup>. Na doutrina moderna, no mesmo caminho, destaca-se a posição de Farias e Rosendal<sup>35</sup>:

“Observando-se, cuidadosamente, a natureza privada e disponível da prescrição (que, repita-se à saciedade, correlaciona-se com os direitos subjetivos patrimoniais), não se pode deixar de pontuar o lastimável equívoco do legislador em permitir que seja ela conhecida *ex officio* pelo juiz. Independentemente de qualquer justificativa com base na economia e celeridade processuais, é certo que a sua natureza privada e disponível não justificam o seu conhecimento.”

Cabe registrar que se a prescrição não foi discutida e decidida na fase de conhecimento, por não ter sido alegada pelo interessado ou decretada de ofício pelo juiz, fica interditado seu reconhecimento na fase de cumprimento da sentença, por força da coisa julgada<sup>36</sup>.

#### 4. CAUSAS QUE INFLUENCIAM NO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Não é qualquer inércia que deve ser punida com o encobrimento da pretensão pela prescrição, pois somente se pode falar em inatividade quando a providência

---

32. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 2, p. 114.

33. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 391.

34. LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit., p. 509.

35. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 718-719.

36. BRASIL. STJ, AR 5.133/SC, 1ª S., rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.09.2023, *DJe* 17.10.2023. Ação rescisória. Prescrição quinquenal. Revisional de benefício previdenciário. Matéria de ordem pública não apreciada na fase de conhecimento. Reconhecimento na fase de execução. Coisa julgada. Impossibilidade.

pode ser tomada pelo prejudicado. Assim, o exame da pretensão cometida ao titular do direito deve ser analisado, também, sob o aspecto da incidência ou não de causa impeditiva ou suspensiva da pretensão, ambas de natureza objetiva. Mesmo que haja divergência entre os partidários das teorias objetiva e subjetiva da *actio nata*<sup>37</sup>, é certo que existem, em ambos os casos, circunstâncias fáticas que fazem com que esse prazo não comece a correr ou seja suspenso, ainda que haja violação ao direito, com ou sem o conhecimento de sua ocorrência. Quando o STJ apreciou o REsp 1.494.482/SP<sup>38</sup>, entendeu que “não basta o efetivo conhecimento da lesão a direito ou a interesse, pois é igualmente necessária a ausência de qualquer condição que impeça o pleno exercício da pretensão”.

O CC/2002, nos arts. 197 a 201, estabelece quais causas impedem ou suspendem o curso do prazo prescricional. A diferença entre o impedimento e a suspensão está na forma de tratamento do prazo: no impedimento, o prazo prescricional não se inicia; enquanto, na suspensão, o prazo começa a correr e depois tem sua passagem paralisada, contando-se o prazo decorrido, que deve ser somado ao prazo quando ele voltar a correr, uma vez desaparecida a causa que o suspendeu.

Conquanto o CC/2002 mencione “causas que impedem ou suspendem a prescrição”, indicando, supostamente, que as disposições dos incisos dos arts. 197 a 199 tratam de circunstâncias fáticas com tratamento jurídico diverso (umas impedindo e outras suspendendo), não é disso que se trata. Uma causa pode funcionar como impeditiva ou suspensiva, a depender do momento em que surgida a pretensão. É possível, inclusive, que essas causas concorram ao mesmo tempo ou sucessivamente. Pontes de Miranda<sup>39</sup> traz o seguinte exemplo: “[...] se a menor casou com quem fora seu tutor, há o tempo que corresponde a tutoria, que não se conta no prazo prescricional, o tempo em que não foi tutor, *que se conta*, e o tempo que se iniciou com o estabelecimento da sociedade conjugal, que também não se conta” (grifos do original). Vê-se, aí, hipótese de sucessividade, na qual deve haver soma dos tempos decorridos nos momentos em que não incidiu o impedimento ou suspensão.

As regras dos incisos dos arts. 197 a 199 do Código Civil vão impedir ou suspender a prescrição, a depender do momento em que surge o fato que gera a pretensão.

- 
37. A depender de se considerar iniciado o prazo prescricional desde a lesão (corrente objetiva) ou da ciência da lesão ao direito (corrente subjetiva).
  38. BRASIL. STJ, REsp 1.494.482/SP, 3ª T., rel. p/ac. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2020, DJe 18.12.2020. Civil. Recurso especial. Ação indenizatória por danos materiais e morais. Exclusão ilegal dos quadros de cooperativa. Prescrição. Inocorrência. Teoria da *actio nata*. Existência de condição impeditiva ao exercício da pretensão indenizatória.
  39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 325.

Não há causas que só impeçam ou só suspendam a prescrição. Uma mesma causa pode impedir ou suspender o prazo prescricional, conforme a época em que surgiu a pretensão. Ainda, conforme Pontes de Miranda<sup>40</sup>, “O Código Civil [...] cogitou de tais fatos, que impedem a composição do suporte fático, de modo que o *tempus* não começa a correr, ou, se já estava composto o suporte fático, de modo que somente faltando o *tempus*, se suspende o curso dêsse”. Por exemplo: surgindo uma pretensão de um cônjuge contra o outro, na constância do casamento, não corre a prescrição, funcionando o art. 197, I, do CC/2002, como causa impeditiva da prescrição. Contudo, caso essa mesma pretensão seja precedente à sociedade conjugal, o prazo se inicia normalmente, ficando suspenso desde o advento do relacionamento afetivo entre as partes, enquanto ele durar.

Convém ressaltar, entretanto, a posição de Câmara Leal, para quem as hipóteses do art. 169, II e III, do CC/1916<sup>41</sup> (não corre a prescrição contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios e contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra), são causas de suspensão do prazo prescricional. Para o autor, as demais hipóteses dos arts. 168 e 169 do CC/1916 (atuais 197 e 198 do CC/2002) seriam causas de impeditivas da prescrição. Apesar de Câmara Leal<sup>42</sup> fazer uma distinção formal entre causas impeditivas e suspensivas da prescrição, que não leva em consideração o momento em que surge a pretensão, é possível dizer que ele mesmo enfraquece o seu fator de discriminação ao aduzir que as previsões do art. 169, II e III, do CC/1916, “[...] podem tornar-se impeditivas se o nascimento da ação ocorrer durante o tempo da ausência ou do serviço militar”.

Como visto, uma mesma situação fática, geradora da pretensão, pode ensejar diversa consequência jurídica, impedindo ou suspendendo o curso da prescrição, tudo a depender do momento de sua ocorrência. Logo, a conjunção coordenativa alternativa “ou” mencionada na Seção II, do Capítulo I, Título IV, do CC/2022, deve ser interpretada em conformidade com o tempo do surgimento da pretensão, para que se possa afirmar que a causa impede ou suspende o curso do prazo prescricional. Por fim, deve ser anotado que as causas impeditivas e suspensivas da prescrição revelam circunstâncias fáticas que independem da vontade da parte que teve o direito violado, no sentido de que são objetivamente consideradas. O contrário do que ocorre com as causas interruptivas.

O CC/2002, no art. 202, elenca as causas que interrompem a prescrição, que têm natureza subjetiva, por serem atos voluntários pelos quais a prescrição é

---

40. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 325.

41. Atuais incisos II e III do CC de 2002.

42. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Op. cit., p. 29.

interrompida. Na interrupção, o prazo decorrido é desconsiderado, reiniciando-se a contagem. E essa nova contagem tem marco inicial conforme a causa da interrupção, na forma do parágrafo único do citado art. 202. Sendo a causa interruptiva extrajudicial, a nova contagem se inicia da data do ato que interrompeu a prescrição (por exemplo: do dia do protesto cambial). Sendo a interrupção provocada por ato judicial, a prescrição só volta a correr com o trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que se deu a citação válida. Na interrupção da prescrição, afasta-se a inércia por ato do credor ou do devedor, o qual pode reconhecer o direito daquele ou questionar o crédito em juízo, como será explicado a seguir. Nos incisos I a V do art. 202 do CC/2002, a interrupção da prescrição ocorre por ato do credor; já no inciso VI do mesmo artigo, quem interrompe a prescrição é o próprio devedor, ao expressar ato inequívoco, inclusive extrajudicial, que “importe reconhecimento do direito” do credor.

Diz-se, pois, que as causas de interrupção da prescrição são de natureza subjetiva, por dependerem de ato do sujeito ativo ou passivo da obrigação, enquanto as causas impeditivas e suspensivas são objetivas, por não haver essa dependência.

#### 4.1. Interrupção da prescrição pela citação

Entre as causas interruptivas da prescrição, uma em especial é motivo de acesso debate na doutrina e frequentemente enfrentada pela jurisprudência, qual seja: a disposição do art. 202, I, do CC/2002, que prevê a interrupção da prescrição por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual.

Desde logo, é preciso dizer que promover a citação não é a mesma coisa que ela ocorrer. São situações distintas, que ocorrem em momentos diferentes. Promover a citação é diligência que compete ao autor, não ao Poder Judiciário. Já a citação é diligência que compete ao serviço judiciário. Promover a citação implica em “[...] providenciar junto ao cartório o pagamento das custas com a diligência, a cópia da contra-fé e indicar o endereço do réu para a expedição do mandado (não obstante, a rigor, já ter o autor que tomar essas medidas quando da propositura da demanda)”, conforme lição de Tepedino, Barboza e Moraes<sup>43</sup>.

O primeiro aspecto que merece destaque é que o CC/2002 não repetiu a mesma fórmula do CC/1916 (art. 172, I), o qual previa que a “citação pessoal feita

43. TEPEDINO Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 382.

ao devedor” tinha o efeito de interromper a prescrição. Agora, basta que se ordene a citação, sem exigência de ser “pessoal” e “feita ao devedor”. A exclusão da necessidade de citação do “devedor” é compatível com o fato de que a prescrição também pode ser interrompida nas relações jurídicas de direito real, nas quais não há um “devedor”, mas um sujeito passivo indeterminado ou determinável. Nas relações jurídicas de direito real, o sujeito passivo é o *alter*, exigindo-se, nesse caso, que toda a coletividade não embarce o direito absoluto de sujeição do titular sobre a coisa. Segundo Câmara Leal<sup>44</sup>, “[...] o termo devedor representa o sujeito passivo de uma relação jurídica obrigacional, não se aplicando ao sujeito passivo das relações jurídicas reais”.

Também era sem sentido exigir que a citação fosse feita “pessoalmente” ao devedor, como era a letra do art. 172, I, do CC/1916, pois a citação poderia (e pode) ser feita ao representante legal ou procurador autorizado pelo réu, pelo executado ou pelo interessado (art. 215 do CPC/1973 e art. 242 do CPC/2015). Além disso, é deveras importante ressaltar que a prescrição também se interrompe quando há citação do credor para defender seu crédito em ação movida pelo devedor.

Nas palavras de Cahali<sup>45</sup>:

“[...] o devedor pode provocar o sujeito ativo, promovendo contra este uma ação visando que se declare prescrita a ação do sujeito ativo, por se ter completado o respectivo prazo. Certamente, essa sua demanda, pelo seu caráter dúplice, provoca interrupção da prescrição. O mesmo se diz da demanda do sujeito passivo, visando a nulidade ou redução do pretendido crédito do sujeito ativo, que embargaria eventual ação visando sua cobrança.”

Logo, não apenas a citação do devedor interrompe a prescrição, mas também a citação do credor dentro da mesma relação jurídica patrimonial.

Na comparação entre as disposições legais sobre a interrupção da prescrição pela citação, previstas no art. 172, I, do CC/1916, e no art. 202, I, do CC/2002, permanece inalterada a exigência de que a citação seja válida, pois do contrário não terá aptidão para tolher o curso do prazo prescricional. Na lição de Beviláqua<sup>46</sup>, “[...] não tem o efeito de interromper a prescrição a citação nulla por vício de forma, por circunducção ou perempção de acção”<sup>47</sup>. Seja permitido ressaltar que, no art. 202, I,

---

44. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Op. cit., p. 177.

45. CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 113-114.

46. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 386.

47. Entendimento repetido quase que literalmente por Câmara Leal, como será visto adiante.



do CC/2002, não se nota expressamente a validade da citação como requisito da causa interruptiva em questão. Porém, esse artigo exige que a citação se dê “no prazo e na forma da lei processual”. E o CPC/2015 (art. 240, *caput*, e § 1º) prescreve que a citação deve ser válida para o fim interruptivo da prescrição, assim como fazia o Código ab-rogado (art. 219, *caput*, e § 1º).

A interrupção da prescrição pela citação, prevista no art. 202, I, do CC/2002, requer interpretação conjunta com o art. 240, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, pois a citação, para ter o efeito de interromper a prescrição, deve ser feita no “prazo e na forma da lei processual”, como já anotado. Assim, para que a citação tenha o efeito de interromper a prescrição, é preciso que seja providenciada pelo juridicamente interessado (v.g.: art. 346, III, do CC/2002), no prazo de dez dias, resultando na retroatividade da interrupção à data de propositura da ação. Caso não seja respeitado o prazo estipulado no art. 240, § 2º, do CPC/2015, não haverá interrupção retroativa da prescrição à data da propositura da ação. Ficará interrompida a prescrição quando a citação se realizar, sem o benefício da retroatividade, como leciona Didier Júnior<sup>48</sup>.

Com efeito, a data do despacho que ordena a citação não será influente quando for observada a disposição do art. 240, § 2º, do CPC/2015, pois atendida a exigência legal de ordem temporal. A data na qual se considerará interrompida a prescrição será aquela em que proposta a ação movida pelo credor para exigir da prestação do devedor. É preciso dizer, mais, que, quando a prescrição se interrompe pela via da ação judicial, essa interrupção perdura até o “último ato do processo para a interromper”.

Segundo Pontes de Miranda<sup>49</sup>, “ultima-se o processo (= completa-se o último ato do processo) quando nele não mais cabe recurso (coisa julgada formal)”. O STJ, julgando o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.195.009/PR<sup>50</sup>, assentou que: “Uma vez interrompido o prazo prescricional, este retoma o seu curso com o trânsito em julgado nos autos do processo cuja citação válida o interrompeu.”

---

48. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1 – Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento, p. 614.

49. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 395.

50. BRASIL. STJ, (3.ª Turma). AgInt no Ag em REsp 1.195.009/PR, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 15.03.2018, *DJe* 20.03.2018. Processo civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Locação. Ação de cobrança. Prazo prescricional. Interrupção. Anterior execução de título extrajudicial. Citação válida. Ocorrência. Não ocorrência das hipóteses previstas no art. 267, II e III, do CPC/73. Recurso manifestamente inadmissível. Incidência da multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC. Agravo não provido.

Ainda, neste ponto, é necessário dizer que eventual demora na citação, atribuível à máquina judiciária, não prejudica o titular do direito que exerceu tempestivamente a pretensão, de acordo com o art. 240, § 3º, do CPC/2015, que é a positivação da Súmula 106 do STJ<sup>51</sup>.

Quanto ao resultado do processo judicial no qual a prescrição foi interrompida pela citação, esse é desinfluyente para os fins do art. 202, *caput*, do CC/2002, eis que o Código não relacionou a interrupção da prescrição à procedência ou improcedência do pedido formulado, bem como também não representa óbice à interrupção da prescrição o fato de o processo ter sido extinto sem resolução de mérito, salvo nos casos do art. 485, II e III, do CPC/2015 (processo paralisado por mais de um ano por negligência das partes ou quando o autor abandona a causa por mais de 30 dias). Nessa linha, Câmara Leal<sup>52</sup> leciona<sup>53</sup> que a citação, por si só, tem o efeito de interromper a prescrição, e apenas “à nulidade desta, por defeito de forma, ou à sua ineficácia por circunção, ou à sua inadmissibilidade por perempção da instância ou da ação, é que atribuiu o efeito de impedir a interrupção prescricional”.

Sob o CC/1916, não havia qualquer menção a quantas vezes a prescrição poderia ser interrompida, uma vez que o art. 172, que disciplinava a matéria, apenas se referia às causas judiciais e extrajudiciais de interrupção da prescrição. Faria<sup>54</sup> era inicialmente partidário da tese segundo a qual a prescrição poderia ser interrompida várias vezes. Na judicatura no STF, passou a defender posição contrária. Em texto de 5 de outubro de 1928, para defender a impossibilidade de se interromper a prescrição por mais de uma vez, escreveu: “Da exceção que, por equidade, permite o recomeço da prescrição interrompida não pode resultar o direito de interromper-a continuamente, sem restrições, se se attender ao objectivo principal, senão, único, do questionado instituto”. Contrariamente, Monteiro<sup>55</sup> lecionava que:

“[...] a lei não restringe o número de vezes que se pode interromper a prescrição. Entende, no entanto, Bento de Faria que interrupções contínuas se chocam com a própria índole do instituto, destinado a coibir as perpetuações dos litígios. Em verdade, porém, o Código não impede que se renovem as interrupções.”

- 
51. “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”
  52. CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Op. cit., p. 183.
  53. Na mesma direção da doutrina de Clóvis Beviláqua, supracitada.
  54. FARIA, Antonio Bento de. Op. cit., p. 195.
  55. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1987-1989. v. 1, p. 302.

Com o CC/2002, ficou expressamente consignado que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer “uma vez”, de acordo com o art. 202, *caput*. Restaram mantidas, como havia no art. 172 do Código revogado, as causas de interrupção da prescrição, as quais se relacionam a atos praticados extrajudicial e judicialmente.

Em que pese a clareza do texto, que limita a prescrição a uma interrupção apenas, ainda permanece na doutrina funda divergência sobre a possibilidade ou não de se interromper a prescrição mais de uma vez. Diferença que se baseia no fato de a interrupção da prescrição poder ser feita em juízo ou fora dele. A redação do parágrafo único do citado art. 202 do CC/2002 também concorre para a discrepância interpretativa encontrada entre os doutrinadores. Assim dispõe o art. 202, parágrafo único, do CC/2002: “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.”

Há entendimento de que a menção à ocorrência única da interrupção se refere às causas extrajudiciais que tolhem o curso da prescrição. Para o caso de a interrupção da prescrição ser operada pela via judicial, não haveria essa limitação, interrompendo-se a prescrição a cada ato do processo<sup>56</sup>. Contudo, como antecipado, a questão, em doutrina, não é pacífica. Farias e Rosenvald<sup>57</sup> entendem da seguinte forma: “A propósito do tema, [...] apesar da imprecisão do texto, afigura-se-nos evidente que a interrupção única atinge as causas extrajudiciais (o protesto cambial e a confissão da dívida), não sendo possível incidir sobre as hipóteses judiciais interruptivas” (grifos do original). Em sentido absolutamente oposto, diz Theodoro Júnior<sup>58</sup> que: “não importa que existam vários caminhos para se obter a interrupção da prescrição. Usando um deles, a interrupção alcançada será única. Não terá como o credor se valer de outra causa legal para renovar o efeito interruptivo”.

A divergência que há na doutrina não se encontra na jurisprudência do STJ, a qual possui diversos julgados no sentido da impossibilidade de interrupção da prescrição mais de uma vez, independentemente de se tratar de causa judicial ou extrajudicial<sup>59</sup>.

56. ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

57. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 729.

58. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3, t. 2, n. 353, p. 255.

59. BRASIL. STJ, REsp 1.522.093/MS, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.11.2015, DJe 26.11.2015; REsp 1.810.431/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2019, DJe 06.06.2019; REsp 1.504.408/SP, 3ª T., red. p/ac. Min. Nancy Andrighi, j. 17.09.2019, DJe 26.09.2019; REsp 1.924.436/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.08.2021, DJe 16.08.2021; REsp 1.963.067/MS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.02.2022, DJe 24.02.2022.

No julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial 1.531.731/SP<sup>60</sup>, constou na fundamentação o seguinte: “Quanto ao art. 202 do Código Civil, é indene de dúvidas que a interrupção, por expressa determinação legal, somente poderá ocorrer uma vez, nas seis hipóteses previstas nesse próprio dispositivo legal.”

Na impossibilidade de se interromper a prescrição por mais de uma vez, quaisquer que sejam as hipóteses dos incisos do art. 202 do CC/2002, surge uma questão prática: no caso de ter havido a interrupção da prescrição por uma causa extrajudicial, a prescrição volta a correr da data do ato que a interrompeu, na forma do art. 202, parágrafo único, do CC/2002. Uma vez que a parte interessada, posteriormente, tenha que recorrer à jurisdição para receber a prestação, não se beneficiará com uma nova interrupção da prescrição, decorrente do despacho que ordenar a citação (art. 202, I, do CC/2002). Desse modo, em tese, o cumprimento da obrigação deveria ocorrer até o fim do prazo prescricional que fora interrompido por ato extrajudicial, sob pena de extinção da obrigação pela prescrição, ainda que não encerrado o processo judicial, o que não parece ser a solução adequada.

Como forma de atender ao comando legal de que a prescrição só se interrompe uma vez (art. 202 do CC/2002, *caput*), Tartuce<sup>61</sup> propõe que o ajuizamento da ação judicial posterior à interrupção da prescrição pela via extrajudicial funcione como condição suspensiva da prescrição, na forma do art. 199, I, do CC/2002. A ação judicial do credor seria, assim, causa suspensiva porque surgida depois do reinício da contagem do prazo prescricional interrompido pela causa extrajudicial antes manejada (CC/2002, art. 202, parágrafo único).

## 5. ANÁLISE DO REsp 2.046.995/RJ – INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PELA CITAÇÃO DE TERCEIRO NÃO RESPONSÁVEL PELO DANO

Em 15 de agosto de 2023, o STJ julgou o Recurso Especial 2.046.995/RJ<sup>62</sup>, no qual a questão de mérito era definir o termo inicial da recontagem do prazo prescricional,

60. BRASIL. STJ, AgInt no REsp 1.531.731/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.04.2018, DJe 10.05.2018. Agravo Interno no Recurso Especial. Agravo de instrumento. Ação de cobrança de juros. Adiantamento de contrato de câmbio – ACC. Vencimento. Pagamento posterior. Ato de reconhecimento do débito. Prescrição interrompida. Art. 202, VI, do Código Civil. Pagamento posterior. Nova interrupção. Impossibilidade. Expressa previsão legal. Prescrição reconhecida. Decisão mantida.

61. TARTUCE, Flávio. Art. 202. In: MACHADO, Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 223-224.

62. BRASIL. STJ, REsp 2.046.995/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.08.2023, DJe 21.08.2023. Civil e processual civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos

interrompido pela citação de terceiro não responsável pelo evento danoso, feita em ação de indenização por danos materiais e morais.

No caso, a vítima dos danos ajuizou ação reparatória contra o proprietário de um apartamento no qual prestava serviços, por causa de uma explosão na tubulação de gás do imóvel, da qual resultaram sequelas ao autor. Os pedidos foram julgados improcedentes por falta de responsabilidade do réu/contratante.

Posteriormente, o autor ajuizou nova ação, desta feita, contra o condomínio em que localizados o apartamento e uma seguradora. Nessa nova demanda, foram julgados procedentes os pedidos, condenando-se os réus a indenizarem a vítima por danos estético (solidariamente) e moral (apenas o condomínio). Em grau de apelação, o Tribunal reformou a sentença, julgando improcedentes os pedidos, em virtude do reconhecimento da prescrição, cujo prazo começou “a fluir a partir do momento em que a vítima tem certeza da pessoa do ofensor. No máximo, a data da publicação da última decisão proferida na ação indenizatória anterior, que afastou a responsabilidade civil do primitivo réu”.

Apreciando o mérito do recurso do autor/vítima, o STJ entendeu como interruptiva da prescrição a citação válida de terceira pessoa que não tinha responsabilidade pelo evento danoso, acionada primeiramente, pois entendeu que o recorrente “verdadeiramente acreditou ter sido o causador dos danos” àquele que fora inicialmente demandado. Só com o julgamento improcedente dos pedidos formulados no primeiro processo (contra o proprietário do apartamento) é que “a vítima obteve, em tese, o conhecimento de quem realmente seria o causador do dano e, em razão disso, ajuizou nova ação contra os verdadeiros responsáveis”.

No julgamento do recurso especial em comento, restou evidenciado o comportamento ativo do credor em perseguir seu direito, saindo da inércia desde o momento em que moveu a primeira ação judicial, cujos pedidos foram dados como improcedentes. Destaca-se da fundamentação do voto proferido no STJ: “Em síntese, a prescrição, inclusive em relação ao verdadeiro causador do dano, é interrompida, na forma do art. 202, I, do CC/2002, pela citação válida de terceiro não responsável pelo evento danoso, em ação anterior ajuizada pela vítima que, na época, desconhecia o real responsável.” Convém registrar que esse entendimento já havia sido adotado no julgamento do Recurso Especial 1.636.677/RJ<sup>63</sup>.

---

materiais e morais. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Ausência. Prescrição. Interrupção. Citação válida em ação anterior ajuizada contra terceiro. Possibilidade. Termo inicial do recomeço da contagem do prazo prescricional. Trânsito em julgado da decisão que pôs fim ao processo. Art. 202, parágrafo único, do CC/2002.

63. BRASIL. STJ, REsp 1.636.677/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.02.2018, *DJe* 15.02.2018. Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de reparação de danos

Na sequência do julgamento, para além de conferir validade à citação de terceiro não responsável pelo dano em processo primeiramente manejado, o STJ reiterou o sentido da expressão “ou do último ato do processo para a interromper”, constante do parágrafo único do art. 202 do CC/2002. Baseado nas lições de Pontes de Miranda<sup>64</sup>, o acórdão do Recurso Especial 2.046.995/RJ definiu mais uma vez que a referida expressão deve ser entendida como o trânsito em julgado do processo no qual a prescrição fora interrompida pela citação válida. Com base nisso, reformou-se o acórdão estadual, aduzindo-se:

“[...] que o fato de o autor ter ajuizado a primeira ação contra pessoa diversa não autoriza a criação de um marco diferente para o reinício do prazo prescricional, pois a simples publicação do acórdão não tem o condão de estabilizar o julgado que apurou a responsabilidade de pessoa diversa, o que se opera apenas com o trânsito em julgado da decisão.”

Analisando-se o teor do acórdão em questão, tomando por base as considerações feitas nos tópicos precedentes, é possível destacar o seguinte: para fins de interrupção da prescrição, foi considerada válida a citação de terceiro não responsável pelo dano, acionado pela vítima, a qual tinha crença objetivamente justificada, decorrente das circunstâncias de fato, de que estava licitamente buscando seu crédito contra aquele que, no momento, entendia ser parte passiva da relação jurídica. No caso, diante da análise do comportamento do autor, deduz-se que ele agira de boa-fé, pois tinha razões para acionar, inicialmente, o proprietário do imóvel no qual prestava serviços. Somente com o trânsito em julgado da primeira demanda é que se tornou incontroversa, em tese, a autoria do dano, restando também definido que o autor/vítima não se mantivera inerte, beneficiando-se da interrupção da prescrição com a citação válida no processo precedente, movido contra o proprietário do apartamento. Interpreta-se que o acórdão adotou o critério da possibilidade da descoberta (*discoverability criteria*) e a teoria da *actio nata* subjetiva, compatível com a responsabilidade extracontratual.

Segundo Saab<sup>65</sup>, de acordo com o critério da possibilidade da descoberta:

“O comportamento concretamente adotado pelo titular do direito é confrontado com o standard de conduta esperado naquelas circunstâncias fáticas, de modo a

---

materiais e compensação de danos morais. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Fundamentação. Ausência. Súmula 284/STF. Prescrição. Interrupção. Citação válida ocorrida em anterior ação reparatória e compensatória.

64. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., p. 395.

65. SAAB, Rachel. Op. cit., p. 144.



identificar se o conhecimento do dano e sua autoria dependiam unicamente de uma atuação diligente do titular ou se, ao revés, se se estava diante de hipótese de impossibilidade objetiva de saber.”

Conforme os fatos delineados no Recurso Especial 2.046.995/RJ, a vítima do dano não tinha como saber, de antemão, que o contratante de seus serviços não era o responsável pela explosão na tubulação de gás do imóvel de sua propriedade, senão que o fato era de responsabilidade do condomínio posteriormente acionado. Somente depois da instrução processual na primeira demanda em face do proprietário-contratante, com produção de prova pericial, é que foi possível identificar os adequados sujeitos passivos da relação jurídica obrigacional: o condomínio e a seguradora. Logo, como se pode verificar, não foi no momento da violação do direito da vítima que se inaugurou o curso da prescrição da pretensão indenizatória (teoria da *actio nata* objetiva). À violação do direito, se somou o efetivo conhecimento da autoria, em virtude de se estar diante de responsabilidade extracontratual, na linha da doutrina de José Fernando Simão, já aqui mencionada. O curso da prescrição da pretensão da vítima foi interrompido pela citação do primeiro acionado, proprietário do imóvel no qual houve a explosão, e ficou tolhido até o trânsito em julgado dessa primeira demanda, quando voltou a fluir, desta feita, em favor do condomínio e da seguradora, momento no qual nasceu para o autor a pretensão contra eles.

## 6. CONCLUSÃO

A prescrição, instituto jurídico presente em todos os ramos do Direito, traz consigo a ideia de perda, uma sanção decorrente da inércia do titular do direito violado. Sua razão de ser está na necessidade de conferir estabilidade e segurança jurídica, notadamente, nas relações sociais e naquelas de cunho patrimonial. O Código Civil, em seu art. 189, correlaciona direito subjetivo e prescrição, prevendo a extinção da pretensão pelo decurso de prazo previsto na legislação. Conquanto seja clara a redação do dispositivo, é necessária a compreensão técnica acerca da natureza do instituto e dos seus efeitos no campo das relações jurídicas privadas.

A prescrição é um meio de defesa colocado à disposição do devedor de uma prestação positiva ou negativa, é uma exceção material que, até a Lei 11.280/2006 (que alterou o CC/2002 e o CPC/1973), somente poderia ser conhecida mediante arguição do prescribente. Com essa Lei, passou a ser possível o reconhecimento *ex officio* de sua ocorrência, dividindo-se a doutrina sobre a prescrição ser um caso *sui generis* de exceção material ou se passou a ser uma objeção, tal qual a decadência. Em que pese tenha seja autorizado o reconhecimento da prescrição de ofício pelo juiz, permanece hígida a possibilidade de sua renúncia, quando consumada e desde que não



prejudique terceiros, como os credores do devedor, por exemplo. Havendo prejuízo, esses terceiros têm legitimidade para opor a exceção em juízo.

Prescrição e pretensão são conceitos que dependem entre si, à medida que não há falar de prescrição sem pretensão. O objeto da prescrição é a pretensão, que consiste no poder de o credor exigir a prestação do devedor, dentro de certo intervalo de tempo. A despeito da redação do art. 189 do CC/2002, a prescrição não extingue a pretensão, apenas encobre sua eficácia. A pretensão prescrita em nada influencia o direito material do credor e o seu direito processual de ação, tanto que não há repetibilidade do que se pagou por dívida prescrita. Também cabe ser explicado que nem sempre a pretensão surge da violação do direito (teoria objetiva da *actio nata*); há casos em que há pretensão sem violação, assim como há casos nos quais a violação do direito reclama conhecimento do credor sobre o dano e sua extensão (teoria subjetiva da *actio nata*).

Conquanto não seja possível conceber prestações patrimoniais imprescritíveis, sob pena de instabilidade social e jurídica, é certo também que há fatores que influem no curso do prazo prescricional; fatores legalmente estabelecidos que impedem, suspendem e interrompem a prescrição, sendo os casos de impedimento e suspensão de natureza objetiva, e os casos de interrupção de natureza subjetiva, dado exigirem comportamentos ativos dos sujeitos da relação jurídica. Quanto às causas impeditivas e suspensivas da prescrição, importa esclarecer que elas assim podem ser consideradas a partir do momento em que surge a pretensão. Uma mesma causa pode ser interruptiva ou suspensiva, bastando que a pretensão surja antes de sua incidência ou depois dela. Por exemplo: surgida a pretensão antes do casamento entre as partes credora e devedora, vindo a união, haverá suspensão da prescrição. Quando a pretensão surge no curso do casamento, a união é causa impeditiva da prescrição.

Quanto às causas de interrupção da prescrição, estas demandam atuação positiva do credor ou devedor, no sentido de afastar a inércia quanto à busca da reparação do direito violado ou abrir discussão acerca do crédito, isso quando a prescrição é interrompida por ato do sujeito passivo. O CC/2002 (art. 202) elenca as situações pelas quais se considera interrompida a prescrição, e, a despeito da clareza sobre a impossibilidade de ser interromper a prescrição por mais de uma vez, ainda há na doutrina divergência quanto a este ponto, em virtude de existirem causas judiciais e extrajudiciais que tolhem o curso do prazo prescricional.

Das causas que interrompem a prescrição, a citação suscita várias discussões, notadamente, sobre a influência do resultado do processo judicial no qual a prescrição foi interrompida e o lapso temporal dessa interrupção, uma vez que o Código não deixa claro o que vem a ser “último ato do processo” no qual a exceção foi

interrompida. Coube à doutrina e à jurisprudência fixar que esse marco legal é o trânsito em julgado da sentença proferida, não sendo lícita a criação de outro termo.

Sendo certo que a interrupção da prescrição demonstra que o credor saiu do estado de inércia, buscando a reparação do direito violado, a jurisprudência do STJ admite como válida a interrupção da exceção substancial pela citação de terceiro não responsável pelo dano, acionado judicialmente pelo credor de boa-fé, o qual, diante das circunstâncias do caso concreto, não tenha condições de corretamente identificar outrem como verdadeiro violador do direito do lesado. Esse posicionamento jurisprudencial leva em consideração as condições pessoais do prejudicado e o contexto fático, elementos capazes de produzir uma equivocada avaliação sobre o verdadeiro autor da violação ao direito subjetivo do prejudicado.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Prescrição no novo Código Civil: uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em: [[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf)]. Acesso em: 20.10.2023.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. São Paulo e Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1929.
- CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1 – Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. 2.
- FARIA, Antônio Bento de. A prescrição recomeçada pode ser novamente interrompida? In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito civil – Parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 5.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1 – Parte geral e LINDB.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1971. v. 1.

- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1987-1989. v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 22, p. 150-153, jul.-dez. 2022.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte geral*. atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. t. 6.
- SAAB, Rachel. Análise funcional do termo inicial da prescrição. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; SOUZA, Eduardo Nunes de (Coords.). *A juízo do tempo: estudos atuais sobre prescrição*. Rio de Janeiro: Processo, 2019.
- SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SIMÃO, José Fernando. Prescrição e decadência: início dos prazos: doutrina e jurisprudência em harmonia. In: SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flávio (Coords.). *Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- TARTUCE, Flávio. Art. 202. In: MACHADO, Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2017.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 3, t. 2, n. 353.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 2.

## 8. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- BRASIL. STJ, AR 5.133/SC, 1ª S., rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.09.2023, *DJe* 17.10.2023.
- BRASIL. STJ, AgInt na AR 6.151/PR, 1ª S., rel. Min. Francisco Falcão, j. 19.09.2023, *DJe* 21.09.2023.
- BRASIL. STJ, AgInt no Ag em REsp 1.195.009/PR, 3ª T., rel. Min. Moura Ribeiro, j. 15.03.2018, *DJe* 20.03.2018.
- BRASIL. STJ, AgInt no REsp 1.531.731/SP, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.04.2018, *DJe* 10.05.2018.

- BRASIL. STJ, REsp 1.360.269/RJ, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.11.2018, *DJe* 08.03.2019.
- BRASIL. STJ, REsp 1.494.482/SP, 3ª T., rel. p/ac. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2020, *DJe* 18.12.2020. Civil.
- BRASIL. REsp 1.504.408/SP, 3ª T., red. p/ac. Min. Nancy Andrighi, j. 17.09.2019, *DJe* 26.09.2019.
- BRASIL. STJ, REsp 1.522.093/MS, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.11.2015, *DJe* 26.11.2015.
- BRASIL. STJ, REsp 1.636.677/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.02.2018, *DJe* 15.02.2018.
- BRASIL. STJ, REsp 1.810.431/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T.; j. 04.06.2019, *DJe* 06.06.2019.
- BRASIL. STJ, REsp 1.924.436/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.08.2021, *DJe* 16.08.2021.
- BRASIL. STJ, REsp 1.963.067/MS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.02.2022, *DJe* 24.02.2022.
- BRASIL. STJ, REsp 2.046.995/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.08.2023. *DJe* 21.08.2023.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Da ineficácia da citação para interromper a prescrição em processo extinto sem resolução de mérito com base em ilegitimidade ativa de parte, de Camilo Zufelato – RT914/229-263.

### Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STJ, REsp 1.527.157, j. 05.06.2018, *DJe* 08.06.2018;
- TJPR, ApCiv 0018156-37.2018.8.16.0017, j. 14.12.2022, *DJe* 15.12.2022; e
- TJPR, Processo 0045839-82.2023.8.16.0014, j. 19.08.2024, *DJe* 19.08.2024.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

## **Processo de Conhecimento (Fase Cognitiva)**

Uso exclusivo – proibida a veiculação



# A UNIFICAÇÃO OBJETIVA DA COISA JULGADA PRINCIPAL COM A QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO – O DESUSO DA AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL PELO CPC DE 2015

*L'OGGETTIVA UNIFICAZIONE DELLA COSA GIUDICATA PRINCIPALE  
CON LA PROVOCAZIONE DI MERITO – IL DISUSO DELL'AZIONE  
DICHARATORIA ACCIDENTALE DA PARTE DEL CPC DEL 2015*

**DANIEL MOURA NOGUEIRA**

Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP. Especialista em Jurisdição e Tutela dos Direitos Constitucionais pela Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pisa, Itália. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Professor na graduação e pós-graduação *lato sensu* na UNIFASIPE – Campus Sinop. Advogado. [advdanog@live.com](mailto:advdanog@live.com)

Recebido em: 16.07.2024  
Aprovado em: 19.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil

**RESUMO:** O artigo estuda a inovação trazida pelo CPC de 2015, entre outras coisas, no tocante à extensão objetiva da coisa julgada, ou seja, a unificação objetiva da coisa julgada e o desuso da ação declaratória incidente. Para tanto, analisa a coisa julgada civil e seus meandros e o benefício da unificação entre demanda principal e questão incidental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil – Questão – Ação declaratória incidental – Sentença – Coisa julgada material.

**RIASSUNTO:** L'articolo studia l'innovazione apportata dal CPC del 2015, tra l'altro, in merito all'estensione oggettiva dell'autorità di cosa giudicata, intendendo come oggettiva unificazione dell'autorità di cosa giudicata e il disuso dell'azione dichiarativa incidentale. A tal fine, l'analisi del giudicato civile e delle sue complessità e il vantaggio dell'unificazione tra domanda principale e questione incidentale.

**PALORE CHIAVE:** Processo civile – Questione – Azione dichiarativa incidentale – Sentenza – Cosa giudicata materiale.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Coisa julgada civil. 2.1. Conceito e natureza jurídica. 2.2. Fundamento e objeto da coisa julgada material. 2.3. A (im)possibilidade da relativização da coisa julgada diante do poder e da natureza do instituto. 3. A manipulação do poder da coisa julgada no antigo e no novo CPC. 4. Breve ideia de ponto, questão e prejudicial de mérito. 4.1. Ainda da prejudicial e da questão – Polêmicas. 5. Direito de ação. 5.1. A velha polêmica sobre a ação e a importância pragmática.

5.2. Ação declaratória – Lições de existência e importância. 6. Ação declaratória incidental – Um manejo obsoleto para equacionar os princípios dispositivos e a inércia da jurisdição, com a imutabilidade da questão prejudicial. 6.1. Críticas à antiga necessidade da incidental como elementar para a estabilidade, imutabilidade e indiscutibilidade das questões. 7. A unificação objetiva da coisa julgada à prejudicial de mérito. 7.1. A unificação objetiva da coisa julgada à prejudicial: liberdade ou dever do julgador?. 7.2. Procedimento da unificação da coisa julgada com a prejudicial e os obstáculos a serem enfrentados. 8. Conclusão. 9. Referências bibliográficas. 10. Referência jurisprudencial.

## 1. INTRODUÇÃO

As pretensões, os interesses e o respeito aos limites de convivência no macrocondomínio em que vive a humanidade fazem nascer as convenções para o ser convencional, sendo o ente criado, o objeto daquelas. Da circunstância de vivermos em um condomínio, no sentido *lato* da palavra, já nasce a ideia do respeito a limites e, por consequência, a necessária imposição de regras.

Do respeito aos limites entre os condôminos, como regra de direito natural, também nasce o desrespeito às regras de cunho deontico, cujo descumprimento ou não insatisfações gera o truísmo das desavenças, dos litígios.

Por parte do Estado, nasce a missão apaziguadora entre os participantes de sua cobertura de poder gestor, e, por conseguinte, o dever de dar a última palavra entre os polos em conflitos, já que não há como evitar intrigas entre seus membros, o que, além da resolução, tem a missão de colocar um fim. Imporiam, então, ao Estado, estabelecer uma barreira da qual jamais poderá (ou poderia, em tese) continuar com o litígio.

O Estado tem duas tarefas, no âmbito judicante. A pacificadora e a estabilizadora. Uma depende da outra. Como estabilizar sem solucionar, e como dar solução ao litígio, sem que este se aquiete, para eternizar a decisão?

Os dissabores, as desavenças, os litígios são necessários e próprios da sociedade, já que o ser humano impregnou em seu âmago o arrogar-se daquilo que entende ser seu, e por isso batalhar. O que jamais poderá ocorrer é a eternização desses debates, desses litígios.

Criam-se então os elementos que deverão envelopar a resolução dos conflitos por parte do Estado: o estabilizador, o imutável, o indiscutível e, por fim, o elemento definitividade. De forma simples, a resolução dos conflitos deve ser estável, imutável, indiscutível e eterna, sob pena de se perpetuarem os conflitos e exterminar com a sociedade, diante da impossibilidade da pacificação.

Ao ser humano, agora administrado e jurisdicionado, impõe o dever da aceitação e do respeito ao desate concluído pelo Estado, como forma de sua colaboração com os demais coparticipantes da sociedade.

Por outro lado, no campo pragmático, a administração estatal de resolução dos conflitos complica em muito a vida de quem espera, com a criação de sistemas e microssistemas procedimentais, com o objetivo de chegar a um denominador comum para toda essa funcionalidade.

O Estado Judiciário, preso aos mecanismos procedimentais, demora anos para criar situações que possam melhorar a vida do jurisdicionado, como a antiga necessidade de uma ação dentro de um processo já em andamento para gerar o poder de coisa julgada material, sobre a segunda questão levantada no seio do processo, que servia de alicerce para primeira.

Jordi Nieva-Fenoll, escrevendo sobre a coisa julgada, confirma a lentidão das mudanças, lembrando do desconhecimento do ser humano, do século VI, de coisas que hoje são lugar-comum, “viviam rodeados dessas circunstâncias e crenças arcaicas bastante alijadas da comprovação experimental das teorias”<sup>1</sup>.

Desde sempre foi exigido o pedido de uma sentença declaratória no bojo do processo como requisito para alcançar a tranquilidade sobre essa questão de mérito levantada. Foi, do descobrimento do Brasil até o CPC de 2015, para um simples artigo de lei dizer que, levantado certo tema de mérito no bojo do processo, que se faz alicerce como questão prévia e o juiz decidindo, já se torna questão coberta da indiscutibilidade, imutabilidade, como solução estável e definitiva.

Por essas razões, é que nesse ensaio pretende-se escrever acerca de algo tão conhecido, porém, necessário para auxiliar no esclarecimento da desnecessidade de pedido expresso ao juiz para julgar uma questão antecedente como condição *sine qua non* dos elementos da indiscutibilidade, imutabilidade, estabilidade e definitiva, já que sempre propuseram as leis, que a jurisdição deva ser inerte e o juiz não poderá julgar sem provocação<sup>2</sup>.

Busca apresentar, para tanto, a coisa julgada em sua essência; o poder desse instituto no passado e no presente; e a importância e as diferenças entre ponto, questão e prejudicial.

Como se trata de ação, traz rápidas lembranças sobre o tema dentro de sistema jurídico, das diversas teorias sobre o direito de ação, e, especialmente, sobre a ação declaratória, no cenário da resolução das disputas cognitivas, bem como da antiga declaratória incidental.

Aborda, como tema central, a extensão do poder soberano do julgado que envelopa e costura a decisão, ao objeto trazido como mérito antecedente à procedência ou não do pedido inicial e sua atuação prática.

1. *Coisa julgada*. Trad. Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 23.
2. Art. 2º do CPC, com referência aos arts. 2º e 262 do CPC revogado.

## 2. COISA JULGADA CIVIL

### 2.1. Conceito e natureza jurídica

Tornou-se lugar-comum que os eventos e os relacionamentos intersubjetivos erigidos à categoria de fato jurídico e que foram malsucedidos e, por essas razões, apresentados para resolução estatal, devam estar acobertados por algo que traduza paz social e, dito fenômeno, não apenas momentâneo, mas duradouro e estável, equilibrado. Mas, o que se entende por esse tão discutido tema (ou simplesmente a expressão) coisa julgada? Poder-se-ia dizer que a palavra coisa (para o senso jurídico) se refere ao objeto do litígio pelo qual houve a disputa e, por conseguinte, uma solução e um destino. E, por sua vez julgada, venha concluir que houve um fim e que a discussão não mais causará temor aos envolvidos, pela força da proibição em se remexer naquilo que foi decidido – *stare decisis et non quieta movere*<sup>3</sup>.

Enaltecendo o poder da sentença, Liebman exortava a se libertar do preconceito de “coisa julgada” como “um valor lógico, ou psicológico, ou ideológico”, para “um valor prático: a intangibilidade, a imutabilidade dos efeitos da sentença”<sup>4</sup>.

Alicerçado em Couture, Celso Neves aponta dois fundamentos para a coisa julgada, apresentando duas posições para tanto: uma “histórico-jurídica”, outra “sociológica ou política”. Como fundamento jurídico, serviria de “instituto imposto pela razão natural, decorrendo da própria essência do direito que dela dependeria para realizar a estabilidade social”<sup>5</sup>.

Em um primeiro momento, essa posição parece correta, pois a sociedade necessita de ver estável a resolução dos conflitos em seu seio. Mas o professor Celso Neves traz algo que impõe repensar, quando afirma que “a certeza deve ceder, em determinadas circunstâncias, à verdade”, antes de outros fundamentos, “seria de razão natural”<sup>6</sup>.

Igualmente, já falava P. Lacoste sobre a expressão da verdade ínsita na coisa julgada, para quem:

“O interesse social exige que as decisões proferidas pelos tribunais, nos processos a eles submetidos, sejam considerados como a expressão da verdade.

3. Tradução literal: decisão estável, mantenha-se a decisão e não se mexa no que está quieto.
4. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 282.
5. NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 1971. p. 429.
6. NEVES, Celso. *Op. cit.*, p. 429.

A lei, tratando dos erros e das possíveis prevaricações nas decisões, autoriza certos meios de recursos contra os julgamentos; porém, sob reserva de que para esses meios de recursos, o que importa é que aquilo que foi decidido pelo tribunal, seja doravante resguardado de quaisquer disputas.

Não deve que, sobre a alegação de que o julgador pronunciou uma sentença errônea ou culpado de uma injustiça, a causa (o processo) que foi julgada, possa voltar perante os tribunais; o processo deve ter um fim.<sup>77</sup>

Desde muito longe, já se apregoava a relativização da coisa julgada, e isso corroborava a prevalência da verdade sobre a certeza da sentença. Todavia, o caráter absoluto de um instituto é algo sério de se afirmar, diante do sistema que rege a sociedade e as novidades que podem aparecer em determinada relação jurídica e em decorrência das transformações sociais.

É interessante não esquecer que o sentido rígido de imutabilidade e da indiscutibilidade estáveis *ad aeternum*, nem sempre foi assim. Quando Chiovenda escreveu seus ensaios, trouxe uma admoestação para que não fiquemos fixos na rigidez que aparentemente possa ter o instituto<sup>8</sup>, e falava acerca dos devaneios dos estudiosos, para quem:

“A coisa julgada é um dos institutos que mais apresenta deformidades e degenerações históricas, e que mais sofreu e sofre a toda hora, por causa de confusão e de equívocos. Quem vive como eu, na prática do direito, fez uma longa e variada experiência. Coisas muito diferentes estão unidas sob um único nome e, o que é pior, sob a mesma disciplina jurídica, com a qual influenciam as soluções práticas como cada um pretende.”<sup>9</sup>

7. LACOSTE, Paul. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*. 3. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914. p. 1. Tradução livre, consta do original: “L'intérêt social exige que les décisions rendues par les tribunaux dans les procès qui leur sont soumis soient considérées comme l'expression de la vérité. La loi, faisant la part des erreurs et des prévarications possibles, autorise certaines voies de recours contre les jugements; mais, sous la réserve de ces voies de recours, il importe que ce qui a été tranché par le tribunal soit désormais à l'abri de toute contestation. Il ne faut pas que, sur l'allégation que le juge aurait prononcé une sentence erronée ou serait coupable d'une injustice, le procès qui a été jugé puisse revenir devant les tribunaux; les procès doivent avoir une fin.”
8. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2º, p. 400.
9. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 234. Tradução livre, consta do original: “La cosa giudicata è uno degli istituti giuridici che più presentano di deformazioni e degenerazioni storiche e che più hanno sofferto e soffrono tuttora per effetto di confusione e di equivoci. Chi

Vê-se que o professor peninsular, com sua experiência, deixa clara a seriedade do instituto, por influenciar na resolução e solução prática dos litígios, o que fica sujeito a diversos pensamentos. Isso é sério por uma única questão: a estabilidade permanente sobre a decisão de um litígio que envolve pessoas.

Explicava Chiovenda que, dos práticos, poucos falavam da coisa julgada como simples significado etimológico e histórico. A maioria a repete com incerteza reverente que inspira as coisas escuras e místicas, mas em suas mentes têm entrelaçadas vagas ideias de juízo lógico, de verdade definitiva e justiça realizada<sup>10</sup>.

Isso nos preocupa já que a maioria dos processualistas e operadores do direito também pensam assim da coisa julgada, como mero encontro da verdade e realização da justiça.

Não deixa de ter esse poder, a coisa julgada material, pois ela atua sobre a justiça que se realizou, sobre o desvendar da dúvida jurídica do litígio com a descoberta da verdade.

Em contrapartida, se nos detivéssemos nesse sentido, puramente, seria como nada a coisa julgada, e vamos mais longe, nem necessitaria da existência do instituto, pois a existência da sentença, preclusa das vias recursais, bastava. O poder do instituto da coisa julgada vai muito mais longe.

Lembrava-se Chiovenda do conceito de coisa julgada para o direito romano antigo, no qual o instituto não era senão a *res iudicata* dos romanos e da língua-mãe dos italianos, mas advertiu que a *res iudicata* não era de fato, por sua vez, a demanda deduzida em juízo posteriormente a seu julgamento. O professor entende a coisa julgada material com maior profundidade a servir de segurança para o jurisdicionado, afirmando que é o bem da vida (propriedade, servidão, herança, crédito, direito à divisão, à separação pessoal, à anulação de um ato jurídico etc.) que é perseguido em juízo, depois de o juiz o ter reconhecido ou negado, e assim se tornou incontestável<sup>11</sup>.

---

vive, come me, nella pratica del diritto ne ha fatto una lunga e varia esperienza. Cose disparatissime sono accomunate sotto un'unica denominazione e, ciò che è peggio, sotto una stessa disciplina giuridica, con quale influenza sulle soluzioni pratiche ognuno intende.”

10. Tradução livre, consta do original: “E cominciando col nome, pochi – credo io – dei pratici, pronunciando questa frase ‘cosa giudicata’ riflettono ai suo semplice significato etimologico e storico: i più la ripetono con la riverente incertezza che ispirano le cose oscure e mistiche, e nella loro mente si intrecciano intanto vaghe idee di giudizio logico, di verità definitiva, di giustizia realizzata”. In: *Saggi...*, cit., p. 234.
11. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., p. 235. Tradução livre, consta do original: “è il bene della vita (proprietà, servitù, eredità, credito, diritto alla divisione, alla separazione personale, all'annullamento d'un atto giuridico ecc.) che è perseguito in giudizio, dopo che il giudice lo ha riconosciuto o lo ha negato, e così è diventato incontestabile.”

Para os romanos, a ideia de processo e, conseqüentemente a de coisa julgada, era o instituto destinado à atuação da vontade da lei, tanto na declaração quanto na execução forçada, tendo por objetivo, em primeira linha, emanar de um ato de vontade a um ato especialíssimo da vontade da lei para acolher ou rejeitar a demanda<sup>12</sup>.

Mais adiante, Chiovenda afirmava que a incontestabilidade do bem da vida reconhecido ou negado em juízo é obtida pela sentença definitiva, que, por sua vez, a definitividade ou é a própria sentença, que não cabe mais recurso ou este foi rejeitado e, nesse caso, devendo respeitar a faculdade da impugnação, ou é alcançada por repetidas perdas da faculdade de recorrer da sentença<sup>13</sup>.

O que pretende o mestre com isso, senão que a coisa julgada tenha sempre por alicerce *una preclusione*? E esta (preclusão), pressupondo a preclusão da questionabilidade do direito. Observou Chiovenda que preclusão não é somente sobre a faculdade de renovar as questões que foram apresentadas e decididas, mas preclusa é, também, sobre a faculdade de propor questões não apresentadas e que deveria ter feito, questões que, portanto, tendem a negar ou diminuir o bem reconhecido ou a afirmar o bem negado<sup>14</sup>.

A relação, portanto, entre coisa julgada e preclusão de questões pode assim ser entendida, pelas lições do Chiovenda: a coisa julgada é um bem da vida reconhecido ou negado pelo juiz; a preclusão de questões é o expediente pelo qual o direito se serve para garantir ao vencedor o gozo do resultado do processo<sup>15</sup>.

Por outro viés de pensamento, Couture trouxe alguns exemplos de culturas jurídicas, nas quais a coisa julgada é algo mais pragmático que jurídico, especialmente, no sistema anglo-americano por possuir suas raízes na Inglaterra, tinha uma ciência distinta. A coisa julgada ocorria com a publicação da sentença, com força de execução, independentemente de (e não impedindo) revisão posterior<sup>16</sup>. Nessa visão, executa-se o julgado, o que ocorrer posteriormente é mera consequência, que as partes deverão se adequar ao lugar devido.

Inspirado na obra de Robert Wyness Millar, conclui Couture que a ideia do direito anglo-americano sobre a coisa julgada está muito enraizada no modelo *common law* da força dos precedentes. Nessa cultura, precedentes e coisa julgada estão

---

12. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi...*, cit., p. 235.

13. *Idem*, p. 235.

14. *Idem*, p. 236.

15. *Idem*, *ibidem*, p. 236.

16. COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 330-332.



intimamente ligados, ou seja, o precedente é obrigatório e tem por alicerce fundante uma decisão imexível<sup>17</sup>.

Variável de cultura para cultura, o poder de intangibilidade da coisa julgada, como adverte Celso Neves, depende do querer de cada Estado soberano, podendo conceber ou não como tal, sujeitando-se às “variáveis concepções sociopolíticas”, balanceando entre “a preocupação do acerto pela sentença sempre justa”, provocando inúmeros recursos, até “a postergação da coisa julgada, pelo temor de revestir a sentença injusta com o manto da autoridade do Estado”<sup>18</sup>.

O que é, contudo, a coisa julgada para o sistema de justiça e onde se enquadra? Couture provocou uma indagação: se a coisa julgada seria “o próprio direito substantivo”, preexistente ao processo e, com este, ganha força de imutabilidade e exigência imediata, ou se a coisa julgada seria um direito autônomo que surgiu por força “do processo e da sentença”<sup>19</sup>.

Dois pensamentos dividem a doutrina: há quem afirma ser a coisa julgada algo ligado ao direito material discutido e, por isso, dá segurança àquilo que foi solucionado. Em oposição, vêm os que pensam ser algo estritamente processual, a que chamou Celso Neves de “teoria substancialista” para o primeiro caso e, para o segundo, “teoria processualista da coisa julgada”<sup>20</sup>.

Esse debate acalorou-se tanto até chegar à discussão da relação entre direito e processo. Se o processo está intimamente ligado ao direito invocado, a coisa julgada poder-se-ia dizer de natureza mista – processual e substancial –, consistindo num instituto processual acobertando o direito material. Mas a crítica que Calamandrei<sup>21</sup> fez a Carnelutti, em 1938, tem sua total pertinência, pois, ao que parece, a doutrina defendida na obra *Diritto e processo*, de Carnelutti<sup>22</sup>, vincula o processo a que a parte tenha o direito invocado a seu favor. Processo e direito não podem estar ligados, se, para a existência daquele, a parte tiver em seu favor o direito material invocado. O processo existirá independentemente da procedência ou não da pretensão deduzida.

A preocupação, todavia, não está em saber o que é coisa julgada, mas, sim, o que esse instituto, insito no âmago das relações de direito e justiça, pode e deve operar

---

17. The formative principles of civil procedure, traduzido ao espanhol em *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. castelhana Catarina Grossman apud COUTURE, Eduardo Juan. Op. cit., p. 330 e 400.

18. *Coisa julgada civil*, cit. p. 432.

19. COUTURE, Eduardo Juan. Op. cit., p. 327.

20. Op. cit., p. 434.

21. CALAMANDREI, Piero. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XV, parte I, 1938.

22. CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

logo depois da resolução das relações litigiosas para a pacificação social. O sistema deve se preocupar com o que significa coisa julgada para o jurisdicionado, que almeja segurança na resposta do Estado aos seus anseios.

Mais que isso, não se deve confundir coisa julgada e sentença. Não são as mesmas coisas, nem uma está subentendida na outra. Impõe, antes, visualizar que esses institutos são autônomos. A doutrina sempre propôs discussões e muito se questionou ser a coisa julgada uma qualidade da sentença<sup>23</sup>, confrontando os que pensam ser um dos efeitos da sentença<sup>24</sup>. Ao que parece, a maioria ficou com a tese da qualidade da sentença.

As discussões tornam-se meros escritos sem nenhum resultado prático ou teleológico. Por essa razão é que o professor Nieva acertou em dizer que os escritos sobre coisa julgada são escassos, não em números, mas escassos em conteúdo, já que os escritores se “limitam a desenvolver simples hipóteses de laboratório, com um desprezo absoluto pela realidade prática”. Em verdade, o estudo que se faz, segundo o professor espanhol, toma tempo dos autores com algo abstrato num mundo de fábula “dogmática não resolvida”<sup>25</sup>.

Os autores alemães, trataram mais de ironizar os estudos sobre coisa julgada, os quais, conforme Nieva, dizem que “nenhuma das teorias sobre a coisa julgada alcançou autoridade de coisa julgada”<sup>26</sup>.

Couture, apostando no pragmatismo para definir o fundamento da coisa julgada, afirma ser, “em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática”<sup>27</sup>.

Já dizíamos, outrora, que “discussões de coisa julgada quanto *ser ou não ser efeito ou qualidade da sentença*, retira a natureza desse instituto”<sup>28</sup>. Por isso, o estudo da coisa julgada impõe ser mais pragmático que dogmático.

Ousado, mas sem pretensão, conclui-se, aqui, portanto, que coisa julgada não é nem efeito nem qualidade da sentença. A sentença é que será revestida de uma

---

23. Tese defendida por LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 29 e 37.

24. Posição de CHIOVENDA, Giuseppe. In: *Principi di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965. p. 179, 900 e 901.

25. Op. cit., p. 24.

26. HABSCHIED, Walter J. *Der streitgegenstand im zivilprozess* apud NIEVA-FENOLL, Jordi. Op. cit., p. 24.

27. Op. cit., p. 332.

28. NOGUEIRA, Daniel Moura. *A antecipação da tutela em face da incontrovérsia do parágrafo 6º do artigo 273 do CPC: com análise de projeto de lei de estabilização da tutela antecipada e propostas sugestivas de sua alteração*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

imutabilidade e indiscutibilidade, mas não irá gerar ou produzir esses efeitos. A sentença é um ato de poder decisório, sobre a qual o Estado adiciona o poder da rediscussão ou reutilização das mesmas razões, pelos recursos previstos e cabíveis.

Seria de uma arrogância atroz aqui pretender convencer o leitor e os estudiosos da processualística, de forma conclusiva, sobre a natureza jurídica e o conceito de coisa julgada, pois o próprio Chiovenda, mestre que provocou o estudo e promoveu discussões, já dizia que sobre o vastíssimo tema da coisa julgada, pouco se restava a dizer *che non sai inutile*<sup>29</sup>. Mas, a tentativa na busca de contribuição para com a aplicabilidade prática do instituto na vida do cidadão, que merece uma resposta certa, verdadeira e ausente do temor da revisão ou rediscussão, não é vã.

Ainda, em Chiovenda, na égide do respeito ao liberalismo, no qual a sentença devia ser apenas um resultado lógico do pedido e nada mais, concluiu o mestre, em seus ensaios, que a coisa julgada era algo produzido pela sentença. E dizia que a coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda e consiste em que, para a suprema exigência da ordem e da segurança da vida em sociedade, a situação das partes fixada pelo juiz em relação ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não pode mais ser sucessivamente contestada<sup>30</sup>.

A eficácia ou a autoridade da coisa julgada, para o mestre italiano, tinha por definição agir no futuro, perante os futuros processos, nada mais<sup>31</sup>.

Na época dos escritores antigos europeus, não se tinha a ideia de resolução estável e definitiva das questões substanciais apresentadas e discutidas no deslinde do processo. Cremos que por essa razão é que Chiovenda retirou o poder da coisa julgada das questões apresentadas e decididas no processo, dando eficácia apenas limitada. Entendeu que a decisão sobre tais questões cumpria apenas exigência de ordem e de segurança no desenvolvimento do processo, que consiste na preclusão da faculdade de renovar a mesma questão no mesmo processo<sup>32</sup>, contrariando, em tese, a inovação do art. 503 do nosso atual Código de Processo Civil, tema que será exposto mais adiante.

Com as vênias merecidas, isso não traduz a real e ideal aplicação do instituto na vida do cidadão. A sentença é o ato de Estado/juiz que emana a resolução de um conflito. Não vemos outra colocação no sistema de justiça, e daí surge a natureza

---

29. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1, p. 399.

30. *Idem*, p. 399.

31. *Idem*, *ibidem*, p. 267.

32. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi...*, *cit.*, p. 267.

jurídica da coisa julgada, senão ser ela um instituto autônomo de direito processual e, antes disso, um poder do estado democrático de direito de atuar sobre a decisão de mérito, em sua atividade de concretização e pacificação social entre disputa de pretensões, acerca de determinado bem da vida. Essa atuação sobre a sentença é, por conseguinte, uma circunstância jurídico-processual, pela qual deve a sentença e, consequentemente, a sociedade suportar.

A coisa julgada material, portanto, não decorre nem resulta da sentença. É a sentença que passa por aquele instituto como um revestimento a tornar o conteúdo imune de quaisquer interferências, quer no espaço, quer no tempo, dentro e fora do processo, cujas discussões, (exauridas em suas fases), tornadas como certas e irrefragáveis<sup>33</sup>, hão de receber o poder transcendente de quaisquer mudanças e ou discussões<sup>34</sup>.

É o julgado que, depois da preclusão dos reexames, recebe a conclusão da verdadeira justiça sobre a questão, retirando a dúvida jurídica proposta pelas teses e antíteses, servindo de certeza a ser seguida pelos envolvidos e, por fim, um manto de poder de definitividade imutável e indiscutível.

A coisa julgada é um poder criado pelo próprio Estado, para atuar sobre o que se decidiu acerca do direito substancial. Esse instituto é que acoberta o julgado para protegê-lo de rediscussões, dando-lhe estabilidade do conflito entre os cidadãos, de forma definitiva e imutável, com fim último de gerar, no espírito das partes e da sociedade, qual a verdadeira justiça do caso e, assim, a pacificação.

Sugere-se não se debater muito sobre o tema e ficar apenas nisso. Impõe mais o pragmatismo no desvendar da teleologia dos institutos e a realidade concreta das coisas. Se se trata de direito substancial, uma vez apontado e obedecido o contraditório, tornando-se questão decidida sobre o tema, não será da moral do direito, em nenhum momento e a ninguém, rediscutir. Impõe aí fazer uma conexão óbvia entre coisa julgada e precedente, respeitadas as peculiaridades de cada caso.

A sociedade deve abrir a mente para a realidade das coisas e dos limites impostos para uma vivência num macrocondomínio, a fim de ver e entender que uma decisão transitada em julgado é norma jurídica a ser seguida, respeitada e aplicada em casos semelhantes (respeitados os meandros para se chegar a um precedente). Só assim, o relacionamento entre seres humanos, que tem, no seu âmago espiritual, a individualidade e o ganho, que possui o poder da conquista e da vitória como algo absoluto, e jamais o contrário, tornará saudável, equilibrado e pacífico.

---

33. Incontestes depois de desvendada a incógnita pela verdade.

34. Conforme nosso escrito em *Tutela antecipada da parte incontroversa da demanda*, cit.

## 2.2. *Fundamento e objeto da coisa julgada material*

Para qual fim existe a coisa julgada? Deve-se explicar que há diferença entre o que é coisa julgada e de o que a coisa julgada é, para o sistema. Seria uma mera criação legislativa ou algo próprio do estado democrático de direito? Perguntas dessa casta e outras tantas trazem confusão acerca do tema. Há diversas respostas; há, também, quem concede força absoluta à coisa julgada, outros relativizam o instituto a enfraquecer seu poder, com permissão para rediscussões posteriores à preclusão recursal, diante de situações necessárias pela inexistência de elementos fundantes do processo, *v.g.*, pressupostos de existência.

Não há dúvidas de que as legislações criam os institutos e sem a positivação e os enunciados, com normas prescritivas, não há imposição deôntica. Por outro viés, com um olhar mais profundo à natureza das coisas, existem institutos que a própria natureza ôntica cria por necessidade peculiar, um predicado do ser humano. É o caso da coisa julgada material.

Em qualquer civilização, por mais remota que seja, os conflitos teriam e terão um fim sem renovar a testilha, um dia a disputa termina e vencedor e vencido não mais poderão retomar à discussão. Isso é próprio da natureza: o aspirar por cessar uma guerra. Logo, as leis tão somente estabelecem o que já existe na natureza, colocando limites, extensões, vedações, enfim, moldando o que entende melhor para sociedade.

Independentemente de positivação, a conclusão dos litígios com força e poder de indiscutibilidade, imutabilidade e definitividade (e, por que não dizer um precedente?) entre qualquer civilização já existe pela própria necessidade do ser humano, por força do direito natural, já que vive em coletividade. Quer com isso dizer que a natureza humana exige esse fator, que se denominou coisa julgada sobre a matéria decidida.

Disso já diziam os antigos, contemporâneos ao direito romano destacando Cogliolo, para quem “A necessidade da coisa julgada surge primeiro em um povo. O instituto e a teoria da coisa julgada, surgem por último, e pressupõem que já exista, junto daquele povo, uma herança de normas jurídicas”<sup>35</sup>.

---

35. *Eccezione di cosa giudicata*, vol. 1º, § 1º, apud GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. São Paulo: Saraiva e Cia. Editores, 1922. p. 10. Nossa tradução livre, consta do original: “il bisogno della cosa giudicata sorge per il primo in un popolo: l’istituto e la teoria della cosa giudicata sorgono per ultimini, e presuppongono che già esista presso quel popolo un patrimonio de norme giuridiche.”

Para o francês Laurent, a coisa julgada é algo de supremacia do coletivo sobre o individual, quando afirma que:

“A coisa julgada é mais que um interesse, sem a autoridade que lhe está ligada, não haveria sociedade possível; ora, a conservação da sociedade é a base dos direitos que pertencem aos indivíduos; o direito de todos deve prevalecer sobre o direito, ou melhor, sobre as pretensões de alguns.”<sup>36</sup>

Conclui-se que o desiderato da coisa julgada é nada menos que a necessidade de promover segurança e evitar a anarquia nas relações interpessoais. Em termos técnicos e acadêmicos, tem-se por fundamento a definitividade estável, inquestionável, imutável e intangível, a gerar segurança de que a verdade e a certeza imperaram nas relações intersubjetivas, a fim de provocar o objetivo maior, a paz social.

A razão da atuação sobre os jurisdicionados não pode deixar de estabelecer o ideal ôntico como objeto da coisa julgada. Sujeito às críticas e às ideias contrárias, não é a demanda, nem a sentença, nem o conteúdo substancial que a coisa julgada se destina. O poder da segurança e paz intersubjetiva ocorrem em favor e em prol do ser humano. Por isso, quando se fala em objeto, não se deve ter a visão diminuta e simplória de conteúdo. Conteúdo é o que se busca, o que se almeja, mas não o alvo final. O alvo final sempre é e será o ser humano, devendo ser, também, o objeto da coisa julgada, o ôntico que busca e o que resiste uma pretensão. É pelo e para o ser humano que existe o poder da *res judicata*, do *quieta non movere*, como um “provérbio que aconselha a não despertar ódios ou dissensões adormecidas”<sup>37</sup>.

### 2.3. A (im)possibilidade da relativização da coisa julgada diante do poder e da natureza do instituto

Também, não se olvida, entretanto, que há os defensores da relativização da coisa julgada, a desdogmatizar o instituto<sup>38</sup>; a ideia é retirar a possível “santidade”<sup>39</sup> que se

36. *Droit civil*, t. 20, p. 8, apud GUSMÃO, Manoel Aureliano de. Op. cit., p. 11.

37. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (*on line*), 2008-2021. Disponível em: [https://dicionario.priberam.org/quieta+non+movere]. Acesso em; 19.03.2023.

38. Entre outros, destaca-se ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

39. Cf. Prefácio de ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma...*, cit., p. 7.

propõe. São nomes e autoridades imbatíveis, aos quais não somos dignos de combater, como Teresa Arruda Alvim, Miguel Medina, Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco, entre outros, na defesa de decisões que não transitam em julgado, ampliação do cabimento da ação rescisória, ajuste de atos denominados de decisão, porém, inexistentes, decisão sobre atos inexistentes, situações a permitir a *querela nullitatis*, enfim, coisa julgada inconstitucional.

Com razão, a ideia fenomenal de não idolatrar um julgado. Todavia, com as vênias mais que merecidas dos contrários, tudo o que pode e permite relativizar ou permitir desmistificar a imutabilidade, a definitividade, a inquestionabilidade e a intangibilidade o faz em razão de que esse ato não pode, também, ser algo sujeito à coisa julgada, ao instituto chancelado pela Carta do Estado como cláusula pétrea e necessária para paz social<sup>40</sup>, cingindo apenas em um julgado. Melhor explicando: se se permite relativizar, é porque não está ainda acobertado pelo poder da *res judicata*.

Esse evento (da absoluta intangibilidade, imutabilidade e inquestionabilidade) sequer iniciou seu propósito, já que algo circunda a decisão que não permite a atuação do poder da coisa julgada. Isso ocorrerá posteriormente ao uso de todos os remédios próprios e permitidos de desfazimentos daqueles atos, quer atos definitivos, quer atos de meio, quando o poder da imutabilidade e da inquestionabilidade encontrar espaço para sua atuação plena.

Se se permite desmistificar e relativizar a coisa julgada, e se assim se pode dizer, é pela circunstância de que a coisa julgada ainda não pode operar. Por exemplo, o *quantum debeatur* de uma condenação em pagar alimentos parentais não é algo sujeito à coisa julgada, logo, é uma condenação *sui generis* na qual as partes, credora e devedora, podem a qualquer momento rever o valor ou a obrigação. Outro exemplo é a sentença de mérito, depois do decurso dos prazos recursais, ser rescindida pelos motivos do art. 966 do CPC, enfim.

No exemplo da condenação em alimentos, faz, sim, coisa julgada a condenação, a certeza do dever de pagar alimentos. O que não faz, nem necessita fazer coisa julgada, são o valor, a necessidade e a possibilidade, que poderão sofrer mutações.

Se há no sistema, mesmo que excepcional, a possibilidade de se rever a qualquer momento uma decisão, isso existe diante da inaplicabilidade da coisa julgada. Não há aí coisa julgada, mas sim um ato judicial em constante movimento, cujo poder absoluto de estabilização definitiva está em *stand-by*, em razão da necessidade natural de sua sempre revisão. A revisão que se faz a essas espécies de julgados<sup>41</sup> não é

40. Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI.

41. Por exemplo, o valor, a necessidade e a possibilidade em pagar alimentos.



por força de lei, *tout court*, mas, além disso, por força do direito natural, por força da natureza do ser humano em sociedade.

Até mesmo na revisão que se faz às decisões judiciais, quer por rescindibilidade, quer pela força de *querela nullitatis insanabilis*, não há relativização ou desfazimento da coisa julgada. Por mais absurdo que possa parecer, a coisa julgada material só existirá depois de não caber qualquer olhar crítico.

Na ação rescisória ou na nulidade do julgado por algo insanável, há um malefício que impede a perfeita e absoluta resolução de um litígio. Um julgado proferido por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, ou, ainda, prolatado por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente (entre outros), traz em sua base uma “doença” que não permite concluir um litígio. Esse achaque faz com que a demanda não seja decidida definitiva e puramente. Há aí tão somente um ato judicial informativo, mas não um julgado perfeito, tanto que pode ser desfeito.

Disso é possível concluir que inexistente ou não é possível relativizar a coisa julgada. Esse instituto do estado democrático de direito é absoluto, não relativo. Uma decisão não é mais ou menos coisa julgada. O instituto em comento não é um talvez coisa julgada. Quando esse poder acha espaço para atuar, o faz absolutamente pleno e sem volta.

O que pode ocorrer, então, até sua plenitude são feridas abertas, deixadas por comportamento das partes, ou do próprio julgador. Ou, em outras situações sem quaisquer vícios, se encontram na trilha da própria natureza da relação que não se permite imutabilidade.

Não se pode dizer que a oportunidade de usar a ação rescisória ou a declaratória pela *querela nullitatis insanabilis* significa a relativização da coisa julgada. Até enquanto se pode usar desses institutos, a coisa julgada não encontrou espaço para se operar. Preclusos esses meios, tem-se, sim, com absoluta certeza, a coisa julgada em sua natureza inquestionável e imutável definitivamente, ou melhor, para sempre não mais se falará no mérito da questão, tanto que, em face da *querela nullitatis*, tem-se por fundamento a impugnação de sentença inexistente, na qual a doutrina afirma, como se fosse um axioma (mas, erroneamente) tratar-se de ação declaratória de inexistência de sentença transitada em julgado. Não se pode falar que a sentença inexistente transita em julgado. Se não há decisão, também não há coisa julgada, e assim por diante.

Quando o art. 966 do CPC condiciona, para ação rescisória, que a decisão de mérito tenha transitado em julgado, o faz apenas para dar referência a qual momento, do ato judicial decisório, fica possível demandar sua rescisão. Erroneamente, o faz como coisa julgada, no sentido de definitividade imutável.

Equívoco há nos que defendem que a ação rescisória do art. 966 do CPC seja sobre a coisa julgada material. O Código de Processo Civil teria que dar um marco e um momento específicos, para que a decisão fosse passível de discussão sobre sua rescisão.

O instituto próprio da natureza humana, instaurado pelo estado democrático de direito, só atuará quando puder fazê-lo sobre decisão sem quaisquer brechas, dúvidas ou vícios. Por isso, o poder da coisa julgada é o último ato da atuação estatal sobre os jurisdicionados. E, por essa razão, o que se passa pelo manto da imutabilidade, definitividade, inquestionabilidade e intangibilidade estáveis é assim porque faz parte da natureza humana em sociedade e da promoção da paz.

### 3. A MANIPULAÇÃO DO PODER DA COISA JULGADA NO ANTIGO E NO NOVO CPC

O princípio da legalidade pode ser compreendido como base para todas as designações e atuação de poder. O que está na regra é comando a ser seguido, já que é um instituto com poder em si mesmo. Todavia, institutos naturais não dependem, ou não deveriam depender, de enunciados descritivos ou prescritivos para sobreviver e valer para quem deles necessitam. É o caso da atuação do poder do instituto da coisa julgada. Esse poder foi, é e sempre será, um poder. É o legislador que (muitas das vezes) dá destinação e atuação diversas, e é a autoridade competente que cria uma norma jurídica desnaturando o poder que é a *res judicata*.

Se o sistema democrático de direito criou como alicerce para a existência do próprio estado e da convivência do ser humano entre si esse alicerce, consubstanciado em determinado mecanismo de poder sobre o qual a pacificação social possa ser atuante, jamais, como pedra fundamental, pode ser delimitada ou manipulada pelos enunciados e pelas decisões.

Se a coisa julgada, como já exposto, é uma pedra do alicerce da sociedade, ela é o que é, e tem sua própria natureza independente, e a lei não pode dizer onde e como ela atua.

O Estado decide uma demanda, tutelando o jurisdicionado em seus direitos, não seria nem necessário dizer que tal tutela ao vencedor torna algo petrificado e jamais passível de tangibilidade, ou seja, *non movere quieta*.

A decisão chancelada pelos elementos e pelo poder da coisa julgada é intangível, e o que foi julgada está julgada. Por que se diz isso? Pois, em algum momento, os litígios devem cessar! E o resultado dessa cessação não pode ser mudado ou alterado ou, ainda, reanalisado *ad aeternum*.

Não era, todavia, o que dispunha o Código de Processo Civil de 1973, quando invadia o poder do elemento estruturante das soluções dos litígios, ao dizer o que e quando se obtinha o poder de intangibilidade.

Os arts. 469 e 470 do CPC de 1973 tinham o poder de definir o que faz e o que não faz coisa julgada. Os motivos da sentença, mesmo que necessários para o juiz chegar à conclusão; a verdade dos fatos apontada na sentença; e, por fim, a análise de uma questão que prejudicava o mérito do pedido principal, eram retirados do alcance da *res judicata*, na versão do art. 469 do CPC revogado.

Mais adiante, o mesmo código (CPC/1973), em seu art. 470, já informava o que poderia ser alcançado pelo poder de imutabilidade e da estabilidade, condicionado, como já explanado, pelo respeito ao liberalismo das partes, quando exigia o requerimento específico da parte interessada. Mas, ainda que um paradoxo, a mesma sentença tinha força de lei entre as partes, em seus limites no dizer do art. 468 do CPC revogado, mesmo se referindo à prejudicial, porém, sem qualquer força de coisa julgada, caso não houvesse requerimento para declaração dessa parte do litígio.

Não que o atual CPC confere força de coisa julgada aos elementos estruturantes que servem de base à conclusão da sentença. O art. 504 do CPC lembra que os motivos e o reconhecimento da verdade de um fato não são questões do litígio, logo, não estão na necessidade da imutabilidade, até porque não serão objeto da execução, não são o cerne do pedido.

O que a norma, sua aplicação e o operador do direito têm de ter em mente é que, se houve a resolução, a definição de uma questão o faz em razão de que algo está em meio litigioso. Há uma resistência ou uma dúvida jurídica acerca de determinado direito que alguém defende e almeja tutela.

Essa resolução, por natural, deve passar pelo poder da imutabilidade e indisutibilidade fornecidos pelo instituto pético da coisa julgada, independentemente de pedido específico, já que consta do bojo da demanda e que prejudica o tema principal.

Pela natureza das coisas e o que a própria circunstância fala por si, não necessitaria estar escrito, em lugar algum, que a resolução de uma questão seja principal, seja prejudicial do mérito (v.g., discussão de paternidade em uma ação de alimentos), faz coisa julgada material.

Por outro viés, o ser humano é crítico por natureza, quer de boa ou má-fé, necessitando de regras para “pôr limites à liberdade individual”<sup>42</sup>. Disso decorre que a lei deve regular as coisas naturais que só acontecem no seio da sociedade.

O legislador bem ciente e preocupado com essas situações, diligentemente, estabelece que a resolução de qualquer questão que influencie no mérito, que houve

---

42. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1, p. 29.

o devido contraditório e a ordinária competência do julgador, com ou sem requerimento, ou apenas um debate, tem o poder da coisa julgada material.

Coisa julgada em qualquer sistema é sempre coisa julgada. O que se tem dissentido é onde, quem e quando está acobertado por seu poder, o que não deve ter restrições quando houver resolução de uma questão quer do pedido principal, quer do alicerce fundante *a priori* desse pedido.

Para encurtar o caminho da pacificação social por meio do processo, andou bem o legislador do atual CPC, permitindo a aplicação do poder que a coisa julgada tem por natureza, mas que não era utilizado pela barreira do positivismo, ao determinar o alcance da imutabilidade e indiscutibilidade à resolução de questões independentemente de pedido para tal fim, como a extensão subjetiva a beneficiar terceiros, prevista no art. 506, e a unificação objetiva a alcançar matéria prejudicial do mérito discutida, constante dos arts. 503, § 1º, e 506, todos do CPC.

Positivamente, fez o papel natural de um sistema coerente a atender a economia processual e a diminuição de litígios prováveis sobre algo já discutido, respeitando a natural função e a ordinária operação da coisa julgada material, como pedra fundamental da pacificação social mediante a chancela da definitividade estável.

#### 4. BREVE IDEIA DE PONTO, QUESTÃO E PREJUDICIAL DE MÉRITO

É trivial na doutrina e na realidade da processualística a ideia de ponto, como algo defendido sobre determinada base fático-jurídica, na qual o demandante busca certa pretensão, alicerçando sobre alguns pontos, que justificam o possível deferimento final.

Com o contraditório, a parte demandada, da qual se pretenda alguma prestação ou condenação, ao se defender resiste à pretensão inicial rebatendo fatos e teses jurídicas apontados como alicerce pelo demandante, fazendo com que aquilo que era ponto torne-se uma questão, já que houve debate acerca de ser ou não ser justo, verdadeiro ou procedente.

Todo ponto rebatido, torna-se uma questão, até porque o julgador, a partir daí, deve proferir uma decisão. Enquanto não resistido, permanece-se ponto. Um ponto não contestado torna-se ponto confessado sujeito, em tese, à procedência.

Existem circunstâncias, as quais não fazem parte do ponto principal pretendido pelo autor, porém, com alguma ligação anterior ao nascedouro do ponto principal e que podem ser arguidas pelo demandado, e, a partir daí, torna-se um entrave meri-tório à resolução da questão principal, transformando, no dizer técnico e concreto, numa prejudicial.

Por prejudicial, o próprio nome sugere algo que prejudica alguma coisa, alguma pretensão, algum projeto, enfim. Mas, no campo jurídico-processual, essa prejudicial (quando levantada), ainda que, em tese, sem pretensão de julgamento, natural e obviamente, irá interferir no futuro da questão principal, como uma condicionante, já que se trata de circunstância *a priori*, sem a qual o ponto principal não existiria.

Quando se fala em prejudicial, ainda que arguida pela parte na intenção de embaraçar a procedência da principal, somente será como tal e com essa força se houver dependência para análise do mérito.

Nessa linha é a lição de Teresa Arruda Alvim, ao defender que esse instituto não é como tal pura e simplesmente, pois “uma questão não é *preliminar* ou *prejudicial*, considerada em si mesma. Depende do *contexto* em que se encarta. Mas a questão não poderá ser chamada de prejudicial, se dela não *depende* o julgamento do mérito”<sup>43</sup> (grifos do original).

São exemplos, entre os inúmeros, dessas circunstâncias paralelas, das quais o mérito é dependente, os casos de pedido de alimentos, sendo contestada a posição parental; habilitação em inventário contestada a qualidade de herdeiro; contrato inválido/nulo pelo qual é exigido o cumprimento de uma prestação; e reparação de danos na qual o réu questiona não ter sido o responsável pelo fato danoso.

A lógica desse sistema está nos elementos *a priori*. Para o juiz conceder alimentos, *v.g.*, primeiramente, deve saber que o alimentando é filho do pretense alimentante, ou tenha algum grau de parentesco com quem é exigida essa obrigação. Para o Juiz condenar à determinada prestação contratual, deve, em primeiro lugar, resolver o problema do contrato nulo ou não. Em outro momento, o juiz só pode condenar ou não em reparação de danos se, antes, resolver a questão posta na defesa, de que o réu não foi o causador do ato ilícito, enfim.

Se se trata de uma situação prejudicial, está claro que não faz parte da principal, por óbvio, mas como o julgador irá decidir se nenhuma das partes pedir? Não estaria ferindo o princípio do dispositivo e da inércia da jurisdição?

A resposta com certeza é negativa. Ora, o processo não pode ser manipulado pelas partes e a justiça do caso não pode ficar ao livre-arbítrio ou ao talante dos demandantes. Se a prejudicial é como tal, tratar dos ramos sem curar a raiz é trabalho dobrado e naturalmente fere o princípio dos princípios, o da justiça com julgamento estável, no qual o Estado-juiz tem o dever de resolver as celeumas, não deixando

---

43. ALVIM, Teresa Arruda. Coisa julgada. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *CPC em foco. Temas essenciais e sua receptividade*. Dois anos de vigência do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018.

raízes para futura discussão com maiores gastos financeiros e temporais, circunstância que supera todos os demais princípios, máxime o da inércia, a permitir e legitimar ao juiz julgar *ex officio*<sup>44</sup>, logicamente, respeitadas as bases do procedimento como a competência absoluta e o respeito aos litigantes, com o contraditório, como bem esclarece o § 1º do art. 503 do CPC.

#### 4.1. Ainda da prejudicial e da questão – Polêmicas

Toda prejudicial seria uma questão? Depende do contraditório, como elemento fundamental? Pode-se enfrentar a prejudicial isoladamente da principal?

Se a prejudicial apenas pretende afetar o procedimento, como condições da ação e pressupostos, tem-se um tema formal, nada se inferindo como questão. Já, se se tratar de questão *stricto sensu*, fala-se, então, de uma pretensão de direito material, e, nesse caso, o ponto apresentado em prejuízo do principal pode se tornar numa questão prejudicial a ser analisada, resolvida e acobertada pela coisa julgada material. Logo, nem toda prejudicial é uma questão. No primeiro caso, há uma prejudicial do processo, não da demanda.

Acerca do tema, com assaz clareza diferencia Teresa Arruda Alvim, onde “questões preliminares interferem na *possibilidade de ocorrer o julgamento*; prejudiciais determinam *como o mérito será decidido*. Assim, a relação com a questão seguinte identificará uma questão anterior como preliminar ou como prejudicial”<sup>45</sup> (grifos do original).

A resolução de qualquer questão de direito substancial, pela própria natureza dos relacionamentos intersubjetivos, impõe o respeito às pessoas envolvidas, dando oportunidade do contraditório e ampla defesa, dialética do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, repetido pelo CPC nos arts. 7º ao 10. Assim, conclui-se que, para a análise da prejudicial de mérito, é indispensável o contraditório; igualmente, se faz como o respeito à competência absoluta.

Por último, não se pode, por razões lógicas, referir-se à coisa julgada que se faz sobre a decisão da prejudicial de mérito como uma questão isolada, não que não seja uma questão independente e até é objeto de ação autônoma, mas a fim de não distinguir da questão principal quando questionada no mesmo processo.

Uma vez apresentada a prejudicial substancial, respeitada a faculdade do contraditório, tem-se uma questão juntamente com a questão do pedido principal.

44. Quando se diz aqui de *ex officio*, quer se afirmar que independe de pedido específico para julgamento da prejudicial.

45. ALVIM, Teresa Arruda. Op. cit., p. 517.

Não se pode isolar a coisa julgada da questão prejudicial da principal. Tanto a prejudicial quanto a tese principal, ambas são questões de uma demanda e, no final, a coisa julgada abarcará ambas.

Por essa razão, prefere-se, nesse ensaio, tratar do tema como a unificação objetiva da coisa julgada com prejudicial de mérito, a fim de não desfazer da (também) questão principal como se não fosse de grande importância, ou, em outras palavras, a unificação objetiva de questões a serem acobertadas pela coisa julgada no mesmo processo. Mas não se pode olvidar de que a coisa julgada que se opera sobre a questão principal e sobre a questão prejudicial, doravante por força do art. 503, § 1º, do CPC de 2015, tem projeções diversas. Enquanto a força da imutabilidade e da indiscutibilidade estáveis sobre a solução da questão principal tem aplicação restrita ao pedido inicial, a mesma força sobre a decisão de mérito da questão prejudicial tem projeção extraprocessual, já que impedirá pedidos ou defesas diversos sobre o tema, objeto da prejudicial, em outras demandas<sup>46</sup>.

Imagine-se que, em ação de alimentos no qual questiona, incidentemente, a filiação, essa prejudicial será analisada e julgada conjuntamente com a questão de alimentos, unificadas. Na hipótese de improcedência da contestação da filiação (pelo pretense alimentante), terá por precedente a condenação em pagar alimentos, fazendo coisa julgada para esse tema, da obrigação alimentar *tout court*. Já a decisão, na mesma sentença, que não acolheu a negativa de paternidade terá projeção tanto para a ação de alimentos quanto para futuras questões, como herança.

Pretensão principal, questão e prejudicial de mérito estão intimamente ligadas no mesmo processo e, por isso, devem ser resolvidas de forma una e acobertadas pela mesma força de coisa julgada material.

## 5. DIREITO DE AÇÃO

Não se pretende renovar as decoradas lições das polêmicas sobre o direito de ação: se autônoma, abstrata, concreta ou se decorrente do próprio direito violado etc., mas tão somente reforçar que se refere ao poder de pedir e ao dever de uma resposta por parte do Estado, independentemente do procedimento e da natureza da causa.

---

46. O que não ocorria na época do CPC de 1973, caso não houvesse a declaratória incidental, circunstância que, mesmo o juiz mencionando e até proferindo entendimento sobre a prejudicial, as partes poderiam utilizá-la em outra demanda.



### 5.1. *A velha polêmica sobre a ação e a importância pragmática*

O debate sobre o direito de ação torna-se imprescindível unicamente no campo pragmático. Fala-se, então, sobre o objetivo que o debate alcançará na vida do destinatário de determinado ambiente, na defesa de interesses jurídicos.

Muito se debateu acerca da natureza jurídica da ação. Indagavam: a ação é uma partícula do direito material, quando este encontrar-se violado (como propunha o Código Civil de 1916)? Aquele Código previa, no art. 75, que “a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”. Teria ação quando o direito era violado, e daí não mais se tratava de direito substancial (como pretendia Windscheid)?

Várias teorias surgiram tentando explicar o fenômeno da ação. João Batista Lopes informa que existiram na casa de 100 teorias buscando encontrar, o que chamou de “fenômeno quase misterioso”<sup>47</sup>. Mas ainda paira a indagação: qual a importância prática e vital para o cidadão que necessita da justiça? Não seria totalmente desnecessária a discussão no campo da realidade, pela qual busca o jurisdicionado uma proteção estatal?

Se a ação for o pouco resquício civilista do Código de 1916, no qual a ação imitava do próprio direito material, pois, para cada direito, nasceria uma ação correspondente, mudaria a assistência por parte do Estado? O mais importante não são teorias ou termos, mas, sim, a concretude da solução esperada.

Aliás, primeiro, veio a importância da teoria pela previsão legal para depois se extrair qual a teoria, pois o comando legal determina previamente a consequência jurídica da relação proposta em juízo, depois, cria a teoria que esse mandamento se encaixa, como é a nova ordem processual civil, na qual, *v.g.*, não mais faz parte das condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido.

Acerca das condições da ação, já dizia Liebman que o exercício da jurisdição estaria condicionado a requisitos, e claramente expõe tratar-se das condições da ação. Assim, somente haveria ação se a resposta estatal consistisse na análise do mérito, procedente ou não, o qual pronunciou que:

“Essa é, por isso, condicionada a alguns requisitos (que devem verificar-se caso a caso em sede de preliminar, mesmo se habitualmente ocorrer implícito), ou seja, o interesse de agir; a legitimidade para causa e a possibilidade jurídica. Faltando um destas condições, sendo aquela que, como a exata expressão tradicional, se qualifica como carência de ação e o juiz deve recusar-se a pronunciar sobre o mérito da demanda. Neste caso não existe verdadeiro exercício da jurisdição, mas

---

47. *Ação declaratória*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 17.

somente uso das suas formas para fazer a preliminar (por necessidade, confiado aos próprios magistrados) que servem para excluir desde o início aquelas causas nas quais produz defeito as condições que se requerem para o exercício do poder jurisdicional.”<sup>48</sup>

Arremata por dizer que, entre ação e jurisdição, existe, por isso, exata correlação, não podendo existir uma sem a outra<sup>49</sup>. Contudo, sob influência de Liebman, no incentivo do estudo do direito processual como ciência (não como mero accertamento de atos e fases procedimentais), a doutrina brasileira houve por discordar no tocante à sentença de mérito como exigência para o exercício do direito de ação, seguindo rumo à ideia de direito abstrato.

Filia-se, então, a ciência brasileira à ação como direito autônomo na teoria abstrativista, na qual desvincula, por completo, do direito material.

Essa visão é por demais difundida entre os estudiosos brasileiros, defendida por vários cientistas jurídicos, destacando, entre outros, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Lopes da Costa, José Frederico Marques. E, contemporâneos, Dinamarco, Ada Pellegrini, Araújo Cintra, Ovídio Baptista, em meio a mais alguns<sup>50</sup>.

Por outro lado, ao que se pode sentir de uma análise mais detida das ilações da maioria dos pensadores brasileiros, não é tão radical à abstração absoluta. De Lopes da Costa, Frederico Marques até Dinamarco, Bedaque e outros parecem destoar um tanto quanto dessa abstração pura do direito de ação, ainda que aceita *in totum* em nosso meio.

- 
48. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962. p. 46-47. Nossa tradução livre, consta do original: “Essa è perciò condizionata ad alcuni requisiti (che devono verificarsi caso per caso in via preliminare, anche se di solito per implicito) vale a dire all’interesse ad agire, [...]; alla legittimazione ad agire, [...]; e alla possibilità giuridica, [...]”. Macando una di queste condizioni, si ha quella che, con esatta spresione tradizionale, si qualifica di carenza di azione, e il giudice deve rifiutarsi di provvedere sul merito della domanda. In questo caso non c’è vero esercizio della giurisdizione, ma soltanto uso delle sue forme per fare quel vaglio preliminare (affidato per necessità agli stessi magistrati) che serve ad escludere in partenza quelle cause nelle quali fanno difetto le condizioni che si richiedono per l’esercizio della potestà giurisdizionale.” Destaques do original.
49. Idem, ibidem. Tradução livre, do original: “tra azione e giurisdizione esiste perciò esatta correlazione, non potendo aversi l’una senza l’altra.”
50. Sobre o tema, excelente obra coletiva acerca da questão direito e ação, por professores contemporâneos. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Orgs.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Lopes da Costa descarta a abstração do direito de ação no tocante à atividade estatal, defendendo que se trata de um direito concreto, pois esta atividade se ligaria à busca de uma resposta positiva ou negativa, assim se pronunciando:

“O direito de ação é, assim, um direito autônomo. Não é um direito abstrato, no sentido de simples direito à provocação da atividade do poder jurisdicional, mas um direito concreto, não como tendendo à obtenção de uma decisão favorável, mas como tendendo a que o juiz declare a procedência ou a improcedência da pretensão perante ele levantada.”<sup>51</sup>

José Frederico Marques, no mesmo diapasão, prefere que a abstração seja verificada em certa conexão, com um pleito amparado pelo direito material. Nesse sentido:

“Examinado *hic et nunc* o direito de ação, o que se verifica é que, embora autônomo e abstrato, é ele conexo a uma pretensão de direito material. Ligado a uma concreta situação de fato, o direito de ação na realidade só existe e se exercita quando há um motivo para a tutela jurisdicional, isto é, quando surge ‘uma situação de fato contrária ao direito, que possa ser resolvida tão-só pelas vias jurisdicionais.’ Trata-se, pois, de um direito subjetivo que é exercido no processo, ‘normalmente conexo a uma situação jurídico-material, por uma relação de instrumentalidade’ e que se liga ‘ao exercício da função jurisdicional, independentemente do resultado desse exercício.’”<sup>52</sup>

Cândido Rangel Dinamarco chega a considerar exagero a abstração num “estado quimicamente puro” se observada por um direito subjetivo ligado unicamente à pessoa independente de “condições”<sup>53</sup>.

Nessa linha ainda, o professor Bedaque defende que a “ação constitui direito ou poder, cujo exercício tem em vista a tutela jurisdicional”. Mas o mesmo professor afirma que “a ação não pressupõe direito existente, mas exige-se a afirmação de um direito material para seu exercício”. Feliz essa assertiva, pois, continua o mestre, “a defesa volta-se contra a existência desse direito”<sup>54</sup>.

---

51. COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I, p. 90.

52. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. II, p. 27.

53. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52, nota n. 74.

54. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 12 e 81.

Quiçá, com intenção de relativizar a abstração da ação, é que Bedaque, invocando a doutrina de Liebman, adverte que “na concepção de direito processual não se pode prescindir do direito material, sob pena de transformar aquela ciência num desinteressante sistema de formalidades e prazos”<sup>55</sup>.

O que se pode concluir de todo esse complexo de informações históricas da ação é que, na realidade concreta da vida em sociedade, trata-se [a ação] de um poder de exigir de alguém (do Estado) que atue em nome daquele que se diz lesado, prejudicado, em razão da proibição da tutela privada.

É imprescindível que se desvincule o poder de exigir do Estado a tutela de direitos, com resposta/solução justa ao cidadão, do direito material que alguém julgue ter, pois seria até um paradoxo e algo inexplicável exigir prova antecedente e incontestante de um direito, para que o Estado pudesse prestar a devida atenção – assistência de justiça ao cidadão.

O que basta para a real concretude da tarefa estatal em realizar/concretizar direitos não são teses ou teorias, sem prejuízo do auxílio destas, mas, em que pese a desvinculação mérito e ação, direito material e tutela estatal, o que importa é um processo justo<sup>56</sup> e um resultado justo em tempo suficiente, para que o direito daquele que realmente se conclui ter não seja desfeito pelo fator tempo/demora.

Fora disso, as demais designações da natureza do direito de ação tratam de elementos óbvios pela natureza da própria relação entre Estado e cidadão, ou seja, ação como direito autônomo, abstrato, subjetivo de natureza pública e constitucional.

O interesse atual (e que vem de algum tempo) da doutrina processual não é tanto no campo do direito de ação em perquirir sua natureza propriamente, pois tornou-se algo pacificado, mas uma visão de instrumento ao direito de ação, ideia defendida por Cândido Dinamarco, como algo ínsito no “espírito do *processualista* moderno”<sup>57</sup> (grifos do original).

Se o direito de ação estivesse inserido no direito material, e exercido quando violado ou ameaçado, não retiraria o dever constitucional do Estado em atender ao jurisdicionado.

A abstração, não obstante a importância para o estudo, somente indica que o mérito do litígio não interfere na assistência que o Estado deve prestar. O poder de exigir do Estado que cumpra o papel ordinário da assistência ao jurisdicionado,

---

55. Idem, p. 13.

56. Processo justo no sentido de atender aos ditames do devido processo legal, com todas as garantias às partes.

57. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 25.

quando reclama algo, não está vinculado à procedência ou não do pedido inicial. Mas isso em nada importa na prática, se se trata de estado de direito, tendo as regras, os direitos e os poderes emanados da Carta Maior.

No plano do processo – já no atendimento do assistido<sup>58</sup> pelo Estado/juiz –, prefiro a assertiva do professor Galeno Lacerda ao afirmar que:

“não há diferença essencial entre autor e réu, no plano processual. Não há diferença de essencial. Autor será apenas aquele das partes em conflito que toma a iniciativa de propor a sua ação própria contra a outra; esta também poderia ter tomada essa iniciativa, mas não o fez, através de ação contrária.”<sup>59</sup>

## 5.2. Ação declaratória – Lições de existência e importância

Muito se fala em declarar a existência ou inexistência de um direito, de uma relação jurídica, porém, pouco se pergunta para que isso? Qual razão de se declarar algo? No sistema universal de justiça para com os relacionamentos, dentro do óbvio sistema da cultura do estado de direito, não basta ter um relacionamento, cujo resultado não fora adimplido, para uma exigência forçada.

Somente se pode exigir o cumprimento imediato e forçado de determinado direito se, previamente, também, tiver algo que a isso justifique. E nada menos que o reconhecido título certo, líquido e exigível. Fora disso, ninguém pode exigir e ninguém está sujeito à exigência forçada e imediata.

Declarar vem de confirmar algo que existe ou inexistente para, com o ato declarativo, exercitar, na prática, o que dela resultou, pois tudo circunda em torno do elemento título.

Título é algo genérico que tem um poder imenso de permitir, de embasar e de alicerçar qualquer últimação forçada a um cumprimento imediato. Os exemplos são por demais simplórios quando se lembra do credor que porta um cheque sem fundos, de uma nota promissória vencida e não paga, de contratos com os elementos da certeza, liquidez e exigibilidade, enfim, títulos de crédito extrajudiciais.

Nem sempre o portador de um direito goza desses elementos de poderio que, por si só, justificasse a exigência forçada e imediata, e quando isso ocorre nos

58. Assistido aqui não no sentido estrito de assistência judiciária gratuita, mas, sim, do dever de atender a uma reclamação do cidadão.

59. LACERDA, Galeno Vellinho de. In: *Ciclo de Palestras sobre o Novo Código de Processo Civil (Código de Processo de 1973)*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, 1974, p. 169.

relacionamentos, impõe a criação desse título que, geralmente (já que se trata de um dever não cumprido por quem de direito), só nasce de uma atitude do Estado/juiz por meio da sentença.

Se o título tem o poder de exigência forçada e imediata, pelos clássicos elementos fundantes da obrigação, certeza, liquidez e exigibilidade, o contrário faz com que, na sua ausência, também ocorra a carência desses pilares (certeza ou liquidez ou exigibilidade).

Disso decorre a necessidade da confirmação da existência desses elementos, que por sua vez a relação jurídica já os criou, todavia, não por força de livre vontade, mas por força da realidade fática. Exemplos simples disso é o dever de reparação de danos por acidente automobilístico, no qual houve danos a outrem, e que não cumpre o dever ordinário da reparação do prejuízo.

Nesse exemplo, o evento ocorreu, alguém é nominado como causador, o dever em reparar existe e, por fim, há o valor para retorno ao *status quo*. Mas como forçar o responsável ao pagamento? Penhora imediata de bens? Jamais. Não existe poder para isso. Não há qualquer declaração com força de exigência; o responsável não confirmou que procedeu de forma a causar os danos e que repararia no valor exigido, se isso ocorresse teria um título. Todavia, todos os elementos existem no mundo da existência das coisas e da obrigação entre os envolvidos e os submetidos à convivência, debaixo do ambiente de direito. O que fazer para converter essa existência virtual em realidade palpável, senão a confirmação pelo Estado?

Outro exemplo simples é a questão de filiação. Quem é pai biológico a partir da concepção sempre foi e será pai, apenas resta a confirmação que se dá apenas de duas formas simples: ou por livre vontade ou por imposição do Estado, mas a qualidade da paternidade ninguém pode tirar. E, se o pai biológico confirma a ordinária realidade pela certidão pública de nascimento, passa o filho a ter um título certo, líquido e exigível dos direitos e poderes de filho, a alimentos, herança enfim, bastando a simples execução forçada e imediata, caso não haja o cumprimento espontâneo.

Em ambos os exemplos e em todas as situações de ausência do título, impõe, obrigatoriamente, a transformação daquilo que já existe no mundo do direito natural, em título, ocorrendo essa transformação com a confirmação pelo devido processo legal com seus meandros, a que se chama de declaração: ou declara que existe ou que não existe a relação jurídica e o direito, por consequência.

Os estudiosos já criticaram o esboço supra, no entendimento de que somente a sentença declaratória não executa um valor, uma obrigação, se não acrescida da condenação ou a criação ou, ainda, do desfazimento de uma relação. A isso, se chama a condenação ou a constituição/desconstituição.

Acontece que tudo o que ocorre depois da declaração são meras coincidências advindas dela própria. Seria desnecessário dizer que o juiz confirmou a paternidade (posteriormente à confirmação natural), e, agora, jurídica, para tão só o descendente ter o título de filho. Ora, se houve necessidade da confirmação pelo Estado de uma circunstância jurídica e, em assim sendo, o titular passivo não cumpriu suas obrigações, isso ocorre em razão de que outras consequências deverão ocorrer: a determinação para acréscimo da filiação, a condenação ao pagamento de alimentos.

Ninguém pretende a declaração da obrigação de reparar um dano por mera confirmação desse dever. Se não fosse a desonestidade e o intento imoral em não cumprir uma obrigação, por parte de quem deva, seria desnecessária a menção específica, depois da declaração de uma obrigação, de que aquele que tem o dever de reparar/indenizar/pagar etc. estava sendo condenado a tanto. Bastava a confirmação pela sentença de que, com base nas provas, quem praticou o ato é o responsável pelo comportamento e suas consequências.

Toda decisão do Estado/juiz é uma declaração. E toda declaração judicial é executável. Se negar essa qualidade à declaração é o mesmo que retirar a função e desmerecer a tarefa do julgador, quando extirpou todas as dúvidas jurídicas conformando a certeza, a liquidez e a exigibilidade de um direito.

Grande maioria da doutrina filia-se à ideia de que sentença declaratória não se executa. Com as merecidas vênias dos contrários, ledo engano, pois qual a missão do Estado em confirmar algo e servir para nada? É que a doutrina menos aprofundada na filosofia a encontrar os porquês das coisas por suas últimas causas pensa unicamente na execução específica do texto positivo da lei. Mas execução é elemento amplo e de forma *lata* deve ser entendida. Aquilo que *só* chamam de execução *stricto sensu* nada mais é que uma forma de se fazer a execução. O ato de executar é toda força que permite exigir o cumprimento forçado e imediato, sem quaisquer questionamentos da raiz pela força da abstração.

Podem-se ir mais além e contrapor à unanimidade da doutrina, elevando a declaratória a supremacia sobre as demais sentenças constitutivas e condenatórias, o que justifica em face da constitutiva que altera o estado das relações jurídicas; tão somente continua o que já se confirmou *a priori* na sentença, a exemplo da usucapião e da investigação positiva de paternidade.

Cita-se, por exemplo, a usucapião, em cuja ação a doutrina é pacífica. Trata-se de mera declaratória quando, em verdade, declara, confirma a presença dos requisitos e de sua ligação ao autor, confirmando seu direito à propriedade, mas conclui com o efeito constitutivo na prática daquele que até então não era proprietário (pois não



constava do registro imobiliário), em proprietário: executou-se a sentença que declarou a usucapião. O segundo exemplo, procedência da investigação de paternidade, confirma o que já é (qualidade de pai), vindo a constitutiva executar o comando declaratório a transformar apenas o estado fático da coisa no poder de exigir, aquele que até então não podia exigir e aquele contra quem não se podia forçar, agora, pode e deve.

A diferença é que se deve tomar cuidado entre a demanda que exige somente a declaração e as que necessitam do complemento constitutivo é o efeito *extunc* para as declaratórias puras<sup>60</sup>, e *ex nunc* para as constitutivas.

Já a superioridade em face da condenatória justifica-se pelo simples contexto quantitativo de valores patrimoniais. Se se declara que o imóvel é de posse mansa, pacífica e justa do autor, a este, deve conferir a proteção sobre determinado imóvel. Se se declara que o réu é responsável pelo evento danoso, cria-se uma força de execução, vindo o elemento condenatório a fixar o montante para pagamento forçado.

O próprio CPC/2015 confirma que a parte declaratória da sentença condenatória é título executivo, quando refere à sentença que a reconhecer. Nesse sentido é o art. 515, I, que “são títulos executivos judiciais...”: “as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.”

Por essas razões, quiçá, não seria de bom tom imputar às declaratórias a qualidade de ação meramente declaratória, mas, sim, designar com declaratória pura.

## 6. AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL – UM MANEJO OBSOLETO PARA EQUACIONAR OS PRINCÍPIOS DISPOSITIVOS E A INÉRCIA DA JURISDIÇÃO, COM A IMUTABILIDADE DA QUESTÃO PREJUDICIAL

O sistema pretérito respeitava por demais a liberdade do jurisdicionado. A liberdade defendida por Chiovenda era o toque primordial da atuação do Estado. Por outro lado, a jurisdição jamais poderia invadir a esfera particular em obediência e respeito à liberdade.

Em meados do século XIX, a doutrina liberalista fazia com o que o juiz ficasse vinculado àquilo que o autor pedia. Jamais o juiz poderia julgar questões não suscitadas pelos demandantes, mesmo que, obviamente, fizesse parte do processo por uma circunstância qualquer.

---

60. Vide: BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1.170.008/SP (2009/0239950-9), 2ª T., relator Min. Humberto Martins, j. 18.03. 2010.

Essas questões paralelas, como se verá a seguir, que aportavam ao processo, eram tidas, na maioria da doutrina, por questão meramente processual. Logo, se mencionadas pelo juiz na sentença, não passavam de coisa julgada formal, pois tratava apenas de procedimento.

Pois bem, se autor ou réu trouxesse qualquer questão substancial não posta no pedido da demanda ou na reconvenção, jamais faria coisa julgada material, se um ou outro formalmente não pedisse que fosse decidido por declaração na sentença. Sem pedido, não se falava em poder de decidir.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, na época do CPC de 1973, defendiam que:

“Tratar-se de ação declaratória pura, positiva ou negativa, cujo objetivo é fazer com que a questão prejudicial de mérito, que será apreciada incidenter tantum, necessariamente, pelo juiz, possa ser abrangida pela coisa julgada. Objetiva-se a decisão *principaliter* sobre a relação jurídica prejudicial, que influirá na decisão sobre o mérito, aumentando-se assim os limites objetivos da coisa julgada.”<sup>61</sup>

A preocupação antiga (na égide do CPC/1973) era a possibilidade de o demandado levantar essa questão prejudicial, e o juiz mencionar na sentença – na fundamentação e nas assertivas de sua conclusão –, porém, a qualquer tempo, ambas as partes poderiam voltar a utilizá-la em outra demanda, pois não deixou de existir o princípio dispositivo (pelo qual a parte tem o poder de dispor de sua pretensão) e pede ao juiz um julgamento somente se pretender, ficando o Estado impedido de se manifestar caso não haja provocação, como já recomendavam os arts. 2º e 262 do CPC de 1973 e continuou a recomendar no atual art. 2º do CPC de 2015.

Como resolver tal situação? Na égide do CPC/1973, o legislador não viu outra forma senão criar um apêndice jurídico; uma extensão no comando, para hipótese de a parte prejudicada pela circunstância paralela poder cumprir o princípio dispositivo, e o julgador não descumprir o princípio da inércia da jurisdição, que nada mais era que uma aberração do formalismo desnecessário.

Esse apêndice jurídico nada mais era que a famosa declaratória incidental que, na época, era muito importante (pois era somente o que tinha), e, na mesma proporção dessa importância, inversamente, era a utilização, pois o operador do direito não sabia como usá-la, e muito pouco os cursos de direito tinham em suas grades de direito processual.

---

61. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1996. p. 262.

Se a questão, objeto do pedido principal, estava subjugada a uma circunstância *a priori* para sua análise e, ainda que o juiz chegasse a uma conclusão com base nessa situação anterior, que nada mais é que uma prejudicial de mérito, porém, sem pedido expresso de decisão, jamais teria força de imutabilidade e indiscutibilidade do tema.

Far-se-ia uma ponte entre os arts. 5º e 325 do CPC/1973, os quais permitiam a qualquer das partes pedir ao juiz decisão declaratória acerca de questão que tornou litigiosa, no trâmite da demanda.

O revogado art. 325 (CPC/1973), por sua vez, era mais específico à contestação pelo réu, do direito considerado base para o pedido principal, o autor encontrava limitação temporal de dez dias para pedir, sob pena de o juiz não poder julgar a circunstância fundamental, que servia para procedência ou não do pedido inicial, ou seja, o juiz acatava ou rejeitava o pedido principal, mas a prejudicial questionada não era tema da parte dispositiva de sentença.

É uma incógnita o quanto o sistema processual do *civil law* se preocupa e confere tanto valor ao formalismo, a ponto de trocar a justiça, que o caso exige uma decisão justa, pelo formalismo fútil e ineficaz, ou seja, a solução justa imutável e indiscutível de uma questão posta em juízo estaria vinculada ao formalismo imposto pela teoria liberalista. A resolução de um litígio com o fim último da jurisdição e, por conseguinte, uma pacificação estável e indiscutível, estava submissa ao respeito à vontade da parte.

De Montesquieu, vem a ideia do formalismo para se chegar à justiça, sendo necessário para a liberdade, quando afirma que é “de absoluta necessidade, pois que sem elas poderiam os juízes dar a uma das partes a propriedade ou fortuna da outra sem exame ou arbitrariamente”<sup>62</sup>.

Demorou muito para o legislador entender que a resolução justa, estável e indiscutível de uma demanda é suprema a qualquer vontade, já que a jurisdição é um poder estatal absoluto para pacificação social, sem embargo da possibilidade de reanálises do julgado e o lógico abarrotamento dos Tribunais.

A ação declaratória incidental, entendida como necessária a fazer coisa julgada material, nada mais era que um contrassenso jurídico, que possibilitava uma ação dentro de outra já em andamento, na qual à parte importava pedir que sobre a questão (e que agora prejudica a procedência do pedido ou prejudica a vitória da demanda contra réu) houvesse declaração, na parte dispositiva da sentença.

---

62. MONTESQUIEU. O espírito das leis, apud BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3. ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1911. p. 10.

Logo depois da publicação do antigo CPC (1973), vários doutrinadores realizaram ciclos de palestra acerca de diversos temas intrigantes, entre eles a declaratória incidental, na qual o professor Galeno Lacerda muito se preocupou, na época, pela confusão que se daria entre declaratória incidental e reconvenção, para quem seria “defesas do direito material que o réu pode apresentar contra a ação”<sup>63</sup>.

Para a ideia anterior, a única forma de equacionar a atenção à liberdade das partes, à inércia da jurisdição, e permitir a indiscutibilidade da questão prejudicial era o formalismo inócuo do manejo incidente de declaração na sentença.

Quem pretendesse ver estável e indiscutível qualquer questão *a priori* deveria manifestar a vontade de ver decidido na sentença, além do pedido principal.

O prejuízo à estabilidade das soluções dos litígios era enorme se o pedido inicial dependesse de um elemento de prejuízo anterior para sua existência, diante da proibição de o juiz fazer justiça para a sociedade e não apenas para autor e réu, imposta pelo formalismo advindo da obediência ao liberalismo e ao positivismo jurídico.

#### 6.1. Críticas à antiga necessidade da incidental, como elementar para a estabilidade, imutabilidade e indiscutibilidade das questões

A única vantagem que havia na declaratória incidental era a economia processual e decisões harmônicas sobre as questões. Mas o que se tinha de desnecessário era a utilização de caminhos diversos e formalidades para obter um resultado que, com apenas uma ordem positivada, resolvia a problemática, como atualmente o fez o CPC de 2015.

Por que não resolver num mesmo momento a questão secundária e a prévia? Somente pela ausência de pedido específico? Se nem réu nem autor pedisse objetiva e especificamente que o juiz declarasse sim ou não sobre a questão *a priori*, ainda que mencionado na sentença, não fazia coisa julgada!

Ora, trata-se de uma questão! E aí é que devem estar os olhares da justiça do caso concreto, levando em consideração a resolução dos litígios, pois uma questão não se trata apenas da mera discussão de um tema, ou discordância sobre uma interpretação, mas, sim, e muito além disso, uma relação jurídica entre interessados, um litígio que envolve pessoas, sobre o qual depende o futuro de uma desavença e a consequente estabilidade imutável sobre um tema a ser seguido por quem dele dependa, como no exemplo clássico da relação de pai/filho, para obrigação de alimentos e herança.

63. In: *Ciclo de Palestras ...*, cit., p. 169.

Não se podia deixar em aberto uma discussão para quando os envolvidos pretendessem voltar a rediscutir. A justiça sobre as desavenças ficaria ao talante exclusivo das partes.

O mais intrigante de todo estudo é que o legislador demora muito para, em um simples artigo de lei, dizer que aquilo que o juiz resolve (se prévia ou principal), depois do contraditório no devido processo legal e a competência absoluta, faz coisa julgada, independentemente de pedido específico.

Isso é retrógado: substituir ou vincular a justiça do caso e a resolução estável, imutável e indiscutível de uma questão ao liberalismo das partes. Particularidade que andou muito bem o CPC de 2015.

## 7. A UNIFICAÇÃO OBJETIVA DA COISA JULGADA À PREJUDICIAL DE MÉRITO

Ainda que muito se tenha elogiado o instituto da coisa julgada e seu poderio, o certo é que isso não pode se dar ou operar no sistema de pacificação social, por meio do processo, de forma desordenada. Esse poder tem limitações tanto subjetivas quanto objetivas.

No campo da subjetividade, nada mais é que a extensão horizontal entre os envolvidos no litígio, com a possibilidade da extensão a terceiros, o que não é o tema aqui. Já no âmbito objetivo, tem-se a profundidade em linha vertical sobre quais matérias ou quais objetos litigiosos alcançará a imutabilidade.

Escrever sobre extensão ou unificação objetiva da coisa julgada não é tarefa fácil. Para tanto, aqui se faz, dentro de nossas limitações, uma pequena colaboração sobre o tema.

Fala-se, então, da unificação do objeto entre e os objetos fora do litígio, mas que formam fundamentos *a priori*, cujo alcance se dá apenas pelo debate entre afirmação e resistência, atendendo ao contraditório e à competência absoluta do julgador.

Como já se viu em capítulo anterior, toda demanda inicia-se por um ponto, vindo a transformar em questão com a defesa do demandado. Até aí, tem-se o alcance normal da coisa julgada sobre o objeto litigioso.

Ocorre que, como visto, existem questões que dependem de um alicerce; dependem de uma questão anterior para sua existência, a qual não fora objetivo inicial da demanda, como o exemplo do pleito de herança, inicialmente, discutindo o direito à partilha, porém, tal direito à herança e o conseqüente quinhão tem como base fundante e indiscutível a qualidade de herdeiro.

No exemplo proposto, essa qualidade de herdeiro é prejudicial à discussão do direito ou não à partilha patrimonial. Logo, o alcance ordinário da coisa julgada, está

apenas e exclusivamente sobre o direito ou não à herança. Mas, no tocante à qualidade de herdeiro ou não, tem-se uma extensão daquele poder de imutabilidade.

A coisa julgada material unirá o mérito da principal com o mérito da questão prejudicial, ou o mérito do outro objeto, pois esse não foi proposto com a petição inicial, nem mesmo era a intenção do autor.

Ainda, no exemplo citado, se, desde a inicial, o autor cumulasse petição de herança com declaratória da qualidade de herdeiro, não se há de falar em coisa julgada sobre prejudicial, uma vez tratar-se de pedido cumulado: declaratória com direito à partilha. Nada está prejudicando o pleito inicial, não se falando em extensão alguma, não há nada a estender. Ao contrário, se o segundo objeto, agora prejudicial, surgiu no processo depois e com a defesa do réu, havendo contraditório, competência absoluta do julgador e a normal resolução na sentença, a coisa julgada material se estenderá, além do objeto inicial, ao objetivo incidental, independentemente de pedido específico de julgamento, bastando a sentença tratar do tema.

O legislador do CPC de 2015 foi bem preciso ao fazer a unificação do objeto da principal com o objeto da prejudicial, a fazer coisa julgada material num só ato. O art. 503, § 1º, do CPC, reza que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. O § 1º desse artigo, por sua vez, afirma que “o disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo”.

Diante disso, os únicos requisitos exigidos para decisão e coisa julgada material sobre a questão é que o juiz faça menção de que se trata da resolução dessa questão; que essa resolução seja indispensável à análise e conclusão do mérito principal; que as partes tenham discutido sobre a questão incidental levantada; por uma razão óbvia e de pressuposto processual, que o julgador tenha competência absoluta (matéria e pessoa), sobre ambos os temas; e, por fim, restrições probatórias ou limitações à cognição.

Fora disso, nenhuma exigência se pode fazer para que o juiz deva analisar ambas as questões com força de coisa julgada material, e com maior razão, nem requerimento expresso, que jamais será exigido. Não há necessidade alguma de pedir que o juiz julgue a prejudicial, basta os itens constantes dos §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC.

O ápice da importância da inovação do CPC/2025 é a criação da coisa julgada material sobre a decisão de uma questão fora da principal, independentemente de qualquer pedido, para tanto. E essa resolução transmuda a prejudicial numa questão *principaliter*, a gerar, como muito bem e curiosamente pontuou Teresa Arruda

Alvim, “uma espécie de litispendência tardia”, bastando “que o tema se transmude numa questão, por haver desacordo entre autor e réu”<sup>64</sup>.

### 7.1. A unificação objetiva da coisa julgada à prejudicial: liberdade ou dever do julgador?

O juiz tem liberdade para julgar/decidir ou não? Uma vez presentes os requisitos, como já mencionado, o juiz tem o dever de analisar a questão prejudicial, se nenhuma das partes o requereram?

Esse tema enfrentaria outras celeumas, distantes daqui. Porém, o que importa para o tema da coisa julgada unificada na principal com a prejudicial é que, tornando essa última uma questão (dentro do processo), o juiz, querendo ou não, deverá decidir, eis que é condicionante para se chegar à conclusão do mérito da principal.

A resposta, então, com certeza, é negativa para primeira pergunta e positiva para a segunda. Ao juiz, não é dado escolher que tema ou quais questões decidir. Como papel do Estado, tem o dever de analisar todas as questões, quer principal, quer incidente.

Há, no sistema, a regra da congruência ou da adstrição da sentença ao pedido. O art. 141 do CPC prevê que a decisão de mérito deva ser nos contornos pelos quais as partes propuseram, ficando defeso o conhecimento de questões não provocadas, onde a lei exige iniciativa do interessado. Esse enunciado vai de encontro com o art. 492 do referido Código vedando ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Inicialmente, poder-se-ia dizer que a resolução de mérito da questão prejudicial estaria ferindo o princípio da congruência, ou o juiz estaria decidindo tema de natureza diversa da pedida, uma vez que aquela questão (prejudicial) não é a que foi pleiteada inicialmente, ela não está no formato da tese defendida pelo autor.

Impõe pensar, para extirpar essa dúvida, que, se se verificar que a questão levantada pelo réu (prejudicial) é da própria natureza da pretensão principal, cuja existência dessa depende daquela (ou, ainda, sem aquela esta não existiria)<sup>65</sup>, estar-se-á diante de um prejudicial de mérito, diante de uma questão *a priori* de primordial análise. É da primazia do julgamento seu enfrentamento, para se ter a resolução justa e pacífica do tema.

64. *CPC em foco*, cit., p. 520.

65. Nos exemplos clássicos: da validade do contrato para alicerçar a exigência da prestação; do vínculo parental para obrigação alimentar.



Não há, enfim, ofensa ao princípio da congruência da sentença, a análise e resolução da questão prejudicial de mérito, tornando, num dever do julgador para com as partes, ousando afirmar aqui, *a fortiori*, que, não havendo o enfrentamento, a sentença deve ser considerada *citra petita*, pois ficou aquém das questões envolvidas da demanda. É uma condição *sine qua non* para uma sentença completa.

## 7.2. Procedimento da unificação da coisa julgada com a prejudicial e os obstáculos a serem enfrentados

A disposição normativa em comento vem de uma extensão lógica do § 1º com o *caput* do art. 503 do CPC, cujo comando prevê a força da coisa julgada material, além da questão principal da demanda, também sobre questão prejudicial decidida, tomando caráter da imutabilidade e indiscutibilidade.

Disso decorre que, havendo o juiz decidido na marcha do processo uma questão que prejudica a resolução do mérito, essa decisão tem a mesma força de estabilidade eterna que a principal, ou seja, abrangida pela força da coisa julgada material.

Como se pode concluir, portanto, a atuação concreta dessa força de coisa julgada material, da decisão da questão prejudicial? Somente decisão incidental ou na sentença final? Impõe a necessária menção da parte dispositiva da sentença?

São celeumas aparentemente banais, todavia, importa em verdadeiros obstáculos a serem enfrentados, em nome de que está em jogo um tema de uma das partes que, quiçá, nunca mais poderá ser apontado em outra demanda.

É algo muito sério, não obstante inovador e importante para solução de litígios e dúvidas no seio da sociedade, provocando a celeridade e a economia processual. A má aplicabilidade do dispositivo, em um primeiro momento, teria um ponto negativo, como a enxurrada de recursos aos Tribunais, questionando a atuação do julgador monocrático.

O julgador tem o dever de se preocupar com a solução do caso concreto, impondo ao magistrado um estudo aprofundado de cada caso, pois, não obstante necessário ao sistema, trata-se de algo que poderá eternizar um entendimento aplicado no decorrer do processo, diferentemente do modelo anterior, no qual se tinha apenas a resolução sem força de estabilidade.

Em primeira mão, a circunstância de dizer o § 1º do art. 503 do CPC que “o disposto do *caput* aplica-se [...]” já deixa claro que não se faz necessário o juiz tornar a mencionar na parte dispositiva da sentença a resolução ocorrida e decidida em outro momento, pois referido § 1º (art. 503 do CPC) é claro em colocar o ato no pretérito e a resolução já deve ter ocorrido: “o disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo”, ou

seja, a coisa julgada material da sentença definitiva unir-se-á a uma decisão interlocutória de mérito, proferida no decorrer do processo (incidente) sobre um tema prejudicial.

Nesse campo, poder-se-ia indagar, com referência à motivação da sentença, uma vez que a prejudicial implica influência no mérito; em contrapartida, há determinação expressa de que a fundamentação e as verdades estabelecidas não fazem coisa julgada, na dicção do art. 504 do CPC.

Quanto à segunda indagação, a resolução da questão prejudicial somente ocorre se decidida como incidente, ou poderia ocorrer na própria sentença final? É que, quando o § 1º do art. 503 do CPC fala em questão decidida expressa e incidentalmente no processo, não quer somente se referir a decisões incidentais, mas, sim, a que (além disso) o tema foi trazido de forma incidental ao processo, pois não se trata do tema central.

Por outro lado, pela natureza instrumental do processo, que é trazer resultados, nada obsta seja a questão prejudicial decidida durante a marcha do processo, quanto na própria sentença final, como um de seus capítulos e concluído no dispositivo. Porém, caso já decidida no *iter* da demanda, a atuação da coisa julgada sobre essa questão, nem mesmo na fundamentação da sentença, haveria necessidade, para o alcance de tal poder.

Por fim, qual seria do momento da efetivação da coisa julgada da decisão que resolve a prejudicial? Crê-se que essa dúvida não consegue permanecer no operador do direito, diante de um caso concreto. Decidida a questão prejudicial, incidentalmente, já poderia considerar a partir desse instante acobertada pela coisa julgada?

Primeiramente, tem-se que as decisões interlocutórias, que não portam previsão expressa do cabimento imediato do recurso de agravo de instrumento, somente iniciam prazo para impugnação depois da sentença final, como se vê do § 1º, do art. 1.009, do CPC.

Segundo, o poder da coisa julgada sobre a decisão da prejudicial é instituído por ampliação, ou seja, só pode existir depois ou concomitantemente à precedente aplicação na resolução da lide principal, pois se se trata de questão prejudicial – e ainda que esse tema é fundamental para análise do mérito da principal –, para efeitos de coisa julgada e estabilidade, fica na dependência do julgamento em conjunto.

Assim, decorre que a coisa julgada que confere poder sobre a prejudicial decidida incidente e expressamente tem seu marco inicial com a decisão da lide principal, até mesmo para efeito de ação rescisória, a contagem do prazo decadencial, que é da última decisão proferida na causa.

## 8. CONCLUSÃO

Os litígios, como truísmo, devem ter um fim e eternizada a resolução. Essa força de eternizar sem qualquer possibilidade de revisões ao longo do tempo é o poder próprio da coisa julgada, que é um poder do estado democrático de direito de estabilizar as relações intersubjetivas.

Por essa razão, conclui-se que coisa julgada, quando as celeumas não tiverem mais lugar nas oportunidades legais do processo, entra em atividade não permitindo qualquer ofensa. Por isso é que dissemos, com as vênias dos contrários, que não há falar em relativizar a coisa julgada como se um dogma fosse.

A partir daí, conclui-se também que esse poder imutável do estado de direito deverá atingir todas as questões resolvidas no processo, quer principal, quer incidental, quando há dependência para resolução do mérito.

E esse fenômeno unitário de resolução de questões e unicidade de decisão, como uma inovação benéfica e indispensável do CPC de 2015, houve por extirpar do sistema a velha ação declaratória incidental, a qual era requisito para uma atividade imperativa do Estado: estabilizar com força de definitiva e imutabilidade todas as questões envolvidas de uma demanda.

Como se trata de uma unicidade de processo e decisão sobre questões diversas, poder-se-á dizer como unificação objetiva da coisa julgada material principal, com a questão prejudicial de mérito.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Coisa julgada. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *CPC em foco*. Temas essenciais e sua receptividade. Dois anos de vigência do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2018.
- AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Orgs.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada – Hipóteses de relativização*. 1. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- BARBI, Celso Agrícola. *Ação declaratória principal e incidental*. 7. ed. rev., aum. e atual. de acordo como Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 3. ed. corr. e aum. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1911.

- CALAMANDREI, Piero. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. XV, parte I, 1938.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 2º.
- COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. I.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. t. I.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: Ed. RT, 1972.
- GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa julgada no civil, no crime e no direito internacional*. São Paulo: Saraiva e Cia. Editores, 1922.
- LACERDA, Galeno Vellinho de. *Ciclo de palestras sobre o novo Código de Processo Civil*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, 1974.
- LACOSTE, Paul. *De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative*. 3. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Milano: Morano, 1962.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 4. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. II.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. Trad. Antonio do Passo Cabral. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- NOGUEIRA, Daniel Moura. *A antecipação da tutela em face da incontrovérsia do parágrafo 6º do artigo 273 do CPC: com análise de projeto de lei de estabilização da tutela antecipada e propostas sugestivas de sua alteração*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

## 10. REFERÊNCIA JURISPRUDENCIAL

BRASIL. STJ, AgRg no REsp 1.170.008/SP (2009/0239950-9), 2ª T., relator Min. Humberto Martins, j. 18.03.2010.



### PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

#### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A coisa julgada sobre questões prejudiciais enquanto pedido implícito e suas consequências, de Rodrigo Farias – *RePro* 278/165-190;
- A interpretação adequada da revelia como requisito impeditivo da formação da coisa julgada prejudicial, de Vinicius Silva Lemos – *RePro* 290/277-302; e
- Ainda e sempre (a agora mais complexa) coisa julgada: ensaio sobre a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais incidentais – parte I, de Bruno Silveira de Oliveira – *RePro* 289/49-70.

Use exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# **Processo de Conhecimento (Direito Probatório)**

Uso exclusivo – proibida a veiculação



# ÔNUS DA PROVA: A RELEVÂNCIA DA SUA DISTRIBUIÇÃO PARA ORIENTAR O COMPORTAMENTO DAS PARTES – PARTE I

## BURDEN OF PROOF: THE RELEVANCE OF ITS ALLOCATION TO GUIDE PARTIES' BEHAVIOUR – PART I

ADRIANO CAMARGO GOMES

Pós-doutorando em Direito Processual Civil pela UFPR. Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito pela Universidade de Oxford. Membro do grupo de pesquisa CNPq/Lattes Processo Civil Comparado (UFPR). Advogado. [adriano@camargogomes.com](mailto:adriano@camargogomes.com)

Recebido em: 13.03.2024  
Aprovado em: 16.08.2024

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

**RESUMO:** Este breve ensaio analisa a distinção entre ônus de produção da prova e ônus da persuasão. Para explicar essa distinção e defender sua importância para o direito brasileiro, o ensaio se divide em dois artigos. O primeiro artigo examina o conceito de *standard* de prova, pois, sem esse conceito, a compreensão do ônus da prova não é sequer possível, e o conceito de ônus da prova. Este artigo também critica parte da doutrina, explicando como a distribuição do ônus da prova é relevante para orientar o comportamento das partes. O segundo artigo explica a doutrina da inversão do ônus da prova e distingue ônus de produção e ônus da persuasão, destacando a importância dessa distinção para o direito brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil – *Standard* de prova – Ônus da prova – Ônus de produção da prova – Ônus da persuasão.

**ABSTRACT:** This brief essay analyses the distinction between the burden of producing evidence and the burden of persuasion. To explain this distinction and advocate its importance for Brazilian law, the essay is divided into two articles. The first article examines the concept of standard of proof, because without this concept understanding the burden of proof is not even possible, and the concept of burden of proof. The article also criticises part of the legal scholarship, explaining how the allocation of the burden of proof is relevant to guide parties' behaviour. The second article explains the legal doctrine on the shifting of the burden of proof and distinguishes between the burden of production and the burden of persuasion, highlighting the importance of this distinction for Brazilian law.

**KEYWORDS:** Civil procedure – Standard of proof – Burden of proof – Burden of producing evidence – Burden of persuasion.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. *Standard* de prova. 3. Ônus da prova. 3.1. Ônus da prova: aproximação conceitual. 3.2. Ônus da prova, dever de produzir prova e poderes instrutórios. 3.3. Ônus da prova e sua dimensão subjetiva. 4. Referências bibliográficas. 5. Referência legislativa. 6. Referências jurisprudenciais.

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O ônus da prova é um tema polêmico. Aqui, como em muitos temas de direito probatório, também existem consideráveis divergências doutrinárias<sup>2</sup> e terminológicas<sup>3</sup>. Esse artigo não pretende estabelecer nova polêmica, mas apenas propor uma forma de compreender o ônus da prova diferente da que prevalece na doutrina.

Para tanto, parte-se da premissa de que o ônus se relaciona com as duas principais “janelas” por meio das quais a realidade fática ingressa no processo: a narrativa das partes, que contém alegações a respeito de fatos (*causa petendi* e *causa excipien-di*); e a instrução probatória, por meio da qual as partes procuram demonstrar a veracidade das alegações de fato que formularam. De modo geral, “são essas duas janelas que permitem que através dos autos se veja a realidade ou, pelo menos, uma pretensão de descrevê-la”<sup>4</sup>. As regras de ônus da prova entram em cena justamente quando a instrução probatória não é capaz de confirmar ou infirmar as alegações de fato controvertidas pelas partes.

Nesse caso, será a partir das regras do ônus da prova (e não das provas produzidas) que o julgador chegará à premissa fática necessária à aplicação do direito. Isso não significa, porém, que a relação entre ônus da prova e realidade fática é irrelevante. Antes, o contrário. Não por acaso, um dos principais argumentos utilizados por Arenhart para defender a distribuição dinâmica do ônus da prova passa justamente por tal relação. Segundo ele, “a determinação anterior da distribuição destas cargas não dá conta da riqueza da realidade, permitindo, com maior facilidade,

1. O autor agradece a Carlos Frederico Bastos Pereira pelas sugestões bibliográficas e leitura atenta do texto.
2. Cite-se, como exemplo, a modificação do ônus da prova por iniciativa do juiz, analisada em YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 86.
3. Chega-se, inclusive, a questionar o emprego do termo “ônus” na locução “ônus da prova”, bem como a divisão entre sua função objetiva e subjetiva (RAMOS, Vitor de Paula. *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 65 e ss.). De modo ainda mais radical, Bedaque questiona se o ônus da prova não seria um falso problema: “a prova recai sobre o fato [...], não importa assim, saber a quem compete provar, mas o que deve ser provado.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 84.)
4. CAMARGO GOMES, Adriano. O novo Código de Processo Civil e o direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Tabosa (Coords.). *Direito intertemporal*. Salvador: JusPodivm, 2016. cap. 1, p. 21-67.

o cometimento de injustiças [...]”<sup>5</sup>. Em contrapartida, a distribuição dinâmica “amolda o processo mais perfeitamente à realidade a ser examinada, permitindo resultados mais adequados e aperfeiçoando o processo”<sup>6</sup>. Com efeito, atribuir o ônus da prova à parte que não tem acesso aos elementos de prova ou ao conhecimento necessário para sustentar uma alegação de fato, frequentemente, significa impedir que essa alegação, ainda que verdadeira, possa ser comprovada – distanciando o processo da realidade fática.

A despeito de seu compromisso com a realidade e, pois, com um objetivo principal de apuração da verdade<sup>7</sup>, a atividade probatória não resultará na conclusão de que um enunciado fático é verdadeiro, mas de que, para os fins do processo, é considerado como tal. Como explica Jordi Ferrer, o processo não opera com a disjuntiva “fato verdadeiro ou falso”, mas com a possibilidade de que, a partir das regras relativas à prova e da atividade probatória, uma alegação de fato seja considerada verdadeira, falsa ou que a ela não se atribua o valor de verdadeira<sup>8</sup>. As regras de ônus da prova solucionam os problemas relativos a essa última situação. No entanto, sua função é muito mais complexa e não se reduz a isso: ainda que se aceite o ônus da prova como uma regra de julgamento, sua influência sobre o comportamento das partes (e sobre a atividade instrutória) é inegável<sup>9</sup>.

Considerando isso, o objetivo do texto é sustentar, a partir do direito brasileiro, uma forma de compreensão do ônus da prova fundada na separação entre ônus de produção e ônus de persuasão (ou ônus de convencimento), indicando o que, acredita-se, são repercussões importantes para a aplicação adequada das regras de inversão do ônus probatório.

Para tanto, o texto se divide em dois artigos. Neste primeiro (parte I), analisa-se a relação do ônus com o *standard* de prova – afinal, como será visto, sem tratar deste conceito não é sequer possível pensar a respeito de ônus da prova; e, na sequência, é

5. ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: [[https://academia.edu/305697/O\\_Onus\\_da\\_Prova\\_e\\_sua\\_Modificacao\\_no\\_Direito\\_Processual\\_Civil\\_Brasileiro](https://academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro)]. Acesso em: 29.10.2023.
6. ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: [[https://academia.edu/305697/O\\_Onus\\_da\\_Prova\\_e\\_sua\\_Modificacao\\_no\\_Direito\\_Processual\\_Civil\\_Brasileiro](https://academia.edu/305697/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro)]. Acesso em: 29.10.2023.
7. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 75.
8. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 86.
9. A polêmica doutrinária sobre o ônus da prova como regra de instrução ou de julgamento resulta, em larga medida, de uma falácia caracterizada por uma falsa dicotomia.

examinado o ônus da prova a partir da legislação brasileira. No segundo artigo (parte II), são exploradas as principais hipóteses de inversão do ônus da prova previstas na legislação brasileira, bem como a diferença entre ônus de produção da prova e ônus de persuasão, destacando a relevância dessa distinção para se bem compreender a inversão do ônus da prova no direito brasileiro.

## 2. STANDARD DE PROVA

Em alguns ordenamentos jurídicos, a noção de *standard* de prova é bem estabelecida. Neles, discute-se com frequência a respeito do “quanto” de prova é necessário para o convencimento do julgador. Não se trata obviamente (e, por isso, “quanto” é colocado entre aspas) da quantidade de elementos de prova produzidos pela parte, mas de sua qualidade para fazer com que o julgador reconheça um grau de suficiência nos elementos produzidos de modo a, então, julgar a questão a favor da parte.

No direito brasileiro, são relativamente recentes as análises doutrinárias que enfrentam o tema<sup>10</sup> e, talvez, por esse motivo, sejam raros os julgados a respeito. Surpreendentemente, porém, existem em número muito significativo, em geral, desconectados de discussões a respeito do *standard* de prova, textos que tratam de temas que dependem dele para sua adequada compreensão. É o caso da redução das exigências de prova<sup>11</sup> e, especialmente, do ônus da prova. Como é possível pensar em reduzir as exigências de prova, se não há clareza a respeito de quais são essas exigências? Como é possível estabelecer quem deve suportar a insuficiência da prova, se não há clareza a respeito do “quanto” de prova é suficiente?

O *standard* de prova<sup>12</sup> corresponde a um patamar de suficiência da prova que, se atingido, permite o reconhecimento de que uma alegação de fato seja considerada

10. COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020; MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. *Revista Judiciária do Paraná*, ano 14, n. 17, p. 221-258, maio 2019.
11. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 251.
12. Ao analisar a distinção entre ônus de produção e ônus da persuasão, Matheus Carneiro Lima trata o *standard* probatório a partir da ideia de parâmetros de suficiência probatória ou de prova suficiente (ver LIMA, Matheus Carneiro. *Prova suficiente e o julgamento por ônus da prova*. In: COSTA, Ilton Garcia da; POLI, Luciana Costa. *Processo, jurisdição e*

comprovada. Se o *standard* de prova não é atingido, isso não significa que a alegação de fato seja falsa, mas, apenas, que a alegação de fato não está provada<sup>13</sup>. Nesse caso, não tendo sido atingido um patamar de suficiência, a questão sobre aceitar ou não a alegação de fato como verdadeira dependerá de regras de ônus da prova<sup>14</sup>: a questão será decidida em desfavor da parte que suportar tal ônus, em geral, aquela que sustenta a respectiva alegação de fato.

No direito brasileiro, como na maioria dos países de *civil law*, não há regra específica indicando qual seria o patamar de suficiência probatória<sup>15</sup>. No entanto, a despeito da omissão legislativa e do escasso desenvolvimento jurisprudencial, é possível reconhecer que a necessidade de estabelecer o *standard* de prova é uma consequência da distribuição do ônus da prova. Fosse a produção da prova tratada apenas sob a ótica do dever<sup>16</sup> ou se se reconhecesse ao juiz a possibilidade de apreciar “livremente” as provas para formar seu convencimento (art. 131 do CPC/1973), a noção de *standard* seria totalmente irrelevante: de um lado, porque as partes sofreriam consequências decorrentes da não produção de prova que não estariam associadas às suas alegações de fato; de outro, porque a suficiência ou não das provas estaria totalmente sujeita ao arbítrio do juiz.

Não definir o *standard* de prova com clareza produz resultado semelhante, do ponto de vista da falta de isonomia, a um sistema em que o direito é aplicado de forma distinta a casos parecidos. Sob essa perspectiva, a clareza a respeito do *standard* está para as questões de fato, assim como um sistema de precedentes está para as questões de direito. De nada adianta haver segurança quanto ao direito aplicável (até mesmo por força de um precedente vinculante), se os casos possuem questões fáticas que – embora semelhantes ou idênticas – acabam sujeitas a exigências

---

*efetividade da justiça III*. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 152-172. Disponível em: [<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/6hak5yqx/vyPoECN2uC5NH6OW.pdf>]. Acesso em: 21.01.2024).

13. Ver FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004. p. 85 e ss.
14. Sobre a relação entre *standard* e ônus da prova, ainda que partindo de premissas e adotando conclusões distintas das apresentadas neste texto, ver TRENTO, Simone. Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 163-181, dez. 2013.
15. Na *common law*, as demandas cíveis têm como *standard* de prova geral a “preponderância das provas” ou “balanço das probabilidades” (*preponderance of evidence* ou *balance of probabilities*); no processo penal, o *standard*, significativamente mais rigoroso, é “acima de uma dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt*).
16. Nesse sentido, ver RAMOS, Vitor de Paula. *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

probatórias completamente distintas. Afinal, o mesmo material probatório pode levar a conclusões completamente distintas quanto à comprovação de alegações de fato se também forem distintos os *standards* de prova aplicados a ele.

Estabelecer um *standard* de prova, por outro lado, desempenha uma função de distribuição do risco de erro. Não de minimizá-lo, repita-se, de distribuí-lo. Nesse sentido, explica Ferrer Beltrán, utilizando uma nomenclatura própria ao processo penal, que:

“Um *standard* de prova muito exigente não diminui o montante total dos erros em relação a outro menos exigente; apenas diminui o risco de condenações falsas. Uma vez que o ideal epistêmico é minimizar todos os erros, isso pressupõe que tenhamos tanto o objetivo de diminuir as condenações falsas como também o de diminuir as absolvições falsas. Entretanto, os dois objetivos conjuntamente não podem ser obtidos com o instrumento dos *standards* de prova. Sua função é somente a de distribuir o risco do erro.”<sup>17</sup>

Algo semelhante ocorre no processo civil: um *standard* de prova muito exigente diminui o risco de procedência de ações sem mérito, mas também aumenta o risco de que ações com mérito sejam julgadas improcedentes. Assim, quanto mais elevado o *standard*, menor a chance de a pretensão do autor ser bem-sucedida. Por esse motivo, nas demandas cíveis – em especial, quando não houver desigualdade entre as partes ou excessiva dificuldade na obtenção de elementos de prova –, a forma de estabelecer um sistema processual equilibrado no julgamento de questões de fato é utilizar o *standard* da probabilidade preponderante: a questão será julgada a favor da parte que for capaz de demonstrar que a probabilidade de o fato alegado ter ocorrido é maior do que a de ele não ter ocorrido. Na generalidade dos casos, essa é a única forma de distribuir o risco de forma equânime. Se o sistema processual exige um grau de convencimento maior, é provável que se estabeleça um viés de favorecimento aos réus, que terão casos julgados a seu favor mesmo quando se reconhece que a probabilidade de que a alegação do autor esteja correta é maior<sup>18</sup>. Nesses termos,

17. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 366-367. Nesse sentido, seguindo as ideias de Ferrer-Beltrán, ver MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. *Revista Judiciária do Paraná*, ano 14, n. 17, p. 228, maio 2019.

18. Não se ignora que a um elevado *standard* de prova para analisar o fato constitutivo do autor provavelmente corresponderia um elevado *standard* para os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que fossem alegados pelo réu. Ainda assim, é preciso considerar que as

a adequação do *standard* de prova é essencial para “nivelar o campo de jogo” (*level the playing field*, na expressão inglesa): sem ela, é como se – numa analogia simplista com o futebol – uma das partes atacasse subindo a ladeira e a outra, descendo.

Isso não impede que, também com esse objetivo de promover uma maior isonomia (ou eventualmente, algum outro valor, como a proteção do consumidor), o *standard* de prova seja alterado, no próprio âmbito cível, em relação a determinadas alegações<sup>19</sup>. Em particular, isso pode ocorrer nos casos em que se reconhece uma especial dificuldade probatória, sendo necessária a redução do *standard*. Da mesma forma, é compreensível que em outros âmbitos as exigências de prova possam ser muito mais rigorosas, tal como ocorre no processo penal: como visto, considerando a gravidade da sanção imposta (frequentemente, a privação de liberdade), exigir um *standard* de prova mais elevado é uma forma de prevenir condenações injustas.

A utilização de *standards* de prova distintos em um mesmo ordenamento jurídico é defendida por Jordi Ferrer Beltrán, que também reconhece a impossibilidade de estabelecer um parâmetro que seja adotado de maneira geral<sup>20</sup>. Não obstante, a despeito de reforçar a necessidade de adequar a distribuição de risco aos diferentes tipos de caso, o autor destaca que também se deve considerar que “[...] uma proliferação excessiva de *standards* de prova diversos pode produzir muitas dificuldades de gestão e acabar produzindo confusão”<sup>21</sup>. Trata-se de uma escolha política, mas o ideal é que se alcance um equilíbrio entre essas duas necessidades.

A despeito de o tema não ser substancialmente desenvolvido no Brasil, tanto a jurisprudência quanto o próprio legislador indicam conhecer essa variação de *standards* probatórios. Nesse sentido, quanto à jurisprudência, é preciso destacar que, ao analisar a independência entre as instâncias cível e criminal, o STJ já decidiu que “[...] uma mesma prova pode ser suficiente para condenar à reparação civil

---

barreiras impostas pelo *standard* são sucessivas: o *standard* para tais alegações do réu apenas entraria em cena caso o autor tivesse sido capaz de alcançar a suficiência probatória quanto a suas alegações a respeito do fato constitutivo. Consequentemente, a elevada dificuldade para atingir o *standard* a respeito do fato constitutivo já seria suficiente para que a distribuição de risco desfavorecesse significativamente o autor.

19. Nesse sentido, indicando razões diversas para a variação dos parâmetros de suficiência probatória, ver TRENTO, Simone. Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 163-181, dez. 2013.
20. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 361 e ss.
21. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 365.



dos danos causados, em que pese não seja o bastante para uma condenação criminal”<sup>22</sup>. Em relação à atuação do legislador, merece destaque o Código de Processo Civil, mais especificamente o art. 311, IV, ao prever que, para a concessão de tutela de evidência, é necessário que o réu não seja capaz de opor “prova capaz de gerar dúvida razoável”. A expressão “dúvida razoável” – utilizada no direito estadunidense para definir o *standard* de prova do processo penal (“acima de uma dúvida razoável”) – estabelece um *standard* distinto daquele que é utilizado na maioria dos processos cíveis<sup>23</sup>.

Diante disso, reconhecidas, ainda que de forma bastante breve, as principais características do *standard* de prova, bem como o fato de que, a despeito de pouco conhecido no Brasil, há exemplos de sua utilização no direito brasileiro, passa-se a examinar o tema do ônus da prova.

### 3. ÔNUS DA PROVA

O termo “ônus da prova” costuma ser utilizado pela doutrina de forma polissêmica tanto na *civil law* quanto na *common law*. Na *common law*, o termo é empregado em três acepções distintas: ônus de produção da prova (*burden of producing evidence*), ônus da persuasão (*burden of persuasion*) e *standard* probatório (*standard of proof*)<sup>24</sup>. Ainda que o texto tenha por objeto analisar a importância da distinção entre as duas primeiras acepções para o direito brasileiro, por ora, cuida-se

22. BRASIL. STJ, AgInt no REsp 1.287.225/SC, 4ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.03.2017, DJe 22.03.2017.

23. Rogéria Dotti explica que se aplica ao fato constitutivo demonstrado pela via documental o *standard* de prova adotado nas demandas cíveis, a probabilidade preponderante: é preciso apenas que aquele que suporta o ônus da prova (o prejudicado) consiga demonstrar que a ocorrência do fato probando alegado é mais provável do que não. Em relação ao *standard* de prova aplicável àquilo que é alegado pelo réu, a exigência é significativamente menor. Para impedir que a tutela de evidência seja concedida, basta que o réu consiga, por meio das alegações e das provas produzidas, criar uma dúvida razoável: basta, portanto, que o conjunto probatório relacionado à alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, ou mesmo, à negação do fato constitutivo não seja inconsistente e frágil (DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Ed. RT, 2020, p. 273 e ss.).

24. ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*. 3. ed. London: Sweet and Maxwell, 2013. p. 1015; CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: *Brazilian Antitrust Law (Law n. 12.529/11): 5 years*. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 285-296.

apenas de: esclarecer, em termos mais gerais, a que se refere o conceito de ônus da prova (3.1); analisar sua relação com os poderes instrutórios do juiz e com o dever de produzir prova (3.2); e, por fim, discutir sobre a relevância da dimensão subjetiva do ônus da prova (3.3).

### 3.1. Ônus da prova: aproximação conceitual

A ideia de ônus da prova compreende um conjunto de normas que estabelece a parte em cujo desfavor uma questão (de fato) será julgada por causa da ausência ou da insuficiência de provas.

Do ponto de vista das partes, costuma-se diferenciar as figuras do ônus e do dever. A distinção costuma se estabelecer a partir da existência ou não de sanção voltada a punir a não observância do comportamento previsto pela norma: daí se afirmar que “o dever estabelece uma conduta obrigatória, de modo que não há opção para o sujeito” e que o ônus se caracteriza “por uma conduta facultativa do sujeito” – “este é livre para agir ou se omitir”<sup>25</sup>. No caso do dever, não seguir a conduta é ilícito, no caso do ônus, não<sup>26</sup>.

Ainda assim, não se desincumbir do ônus pode ensejar consequências desfavoráveis para a parte. Nesses termos, a despeito das críticas, é possível entender com mais clareza em que sentido se trata o ônus como um imperativo do próprio interesse<sup>27</sup>: desincumbir-se ou não do ônus são duas escolhas lícitas, mas, ao não se

25. AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 92, n. 2, p. 246, dez. 2020.

26. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991. p. 180. No mesmo sentido, RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, p. 249, nov. 2021.

27. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 203. Como explica Carnelutti: “Obrigação é a subordinação de um interesse do obrigado a um interesse alheio imposto por meio da sanção; ônus é a subordinação de um ou mais interesses de quem tem o ônus a outro interesse seu, fazendo do ônus uma condição para a obtenção desse interesse; o juiz tem que decidir a demanda, caso contrário ele é punido; a parte tem que propor a demanda, caso contrário não poderá obter tutela de seu interesse em lide.” Tradução livre de: “obligación es subordinación de un interés del obligado a un interés ajeno impuesto por medio de la sanción; carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés; el juez tiene que proveer sobre la demanda, y de lo contrario es castigado; la parte tiene que proponer la demanda, y de lo contrario no puede obtener la tutela de su interés en litis.” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I, p. 332.)

desincumbir, o sujeito pode ter consequências desfavoráveis ou deixar de obter consequências favoráveis.

Em geral, quando se refere a ônus, se está diante de situações jurídicas ativas (demandar, recorrer, provar, contestar, alegar etc.)<sup>28</sup> que exigem a iniciativa da parte para a produção de determinados efeitos jurídicos. Daí a forte relação entre a ideia de ônus e o que se convencionou denominar de princípio dispositivo<sup>29</sup>: o ônus se relaciona com as consequências associadas a situações jurídicas que envolvem disponibilidade para as partes, nas quais agir ou não agir é sua faculdade<sup>30</sup>. A respeito dessas situações, Goldschmidt diferencia duas espécies de ônus: os perfeitos, nas quais não se desincumbir acarretaria necessariamente prejuízo para o sujeito, e os menos perfeitos (ou imperfeitos), em que não se desincumbir poderia eventualmente acarretar prejuízo<sup>31</sup>.

É importante destacar que um mesmo fato pode gerar situações jurídicas distintas para um ou mais sujeitos, incluindo tanto ônus quanto dever. Pensa-se, por exemplo, na situação da parte que tem o direito de recorrer de uma determinada decisão. O direito subjetivo contém uma faculdade (de recorrer ou não recorrer),

- 
28. Em sentido contrário, Vitor de Paula Ramos afirma que o ônus seria uma situação passiva subjetiva com sujeição fraca (Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema, *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, p. 249, nov. 2021); DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
  29. Sobre o tema, ver LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Ver também DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
  30. Nesse sentido, Devis Echandía: “podemos definir o ônus como um poder ou uma faculdade (em sentido amplo), de executar, livremente, certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma para interesse e benefício próprios, sem sujeição ou coação e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.” (*Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavallá, 1972. t. I, p. 420-421.)
  31. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 203. Pedro Dinamarco, por sua vez, refere-se aos ônus perfeitos como absolutos e aos não perfeitos como relativos (*Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.)

mas, além disso, há um ônus associado ao recurso na medida em que sua não interposição impedirá que a decisão desfavorável seja alterada e ensejará o seu trânsito em julgado. Para o juiz que proferiu a decisão, por sua vez, há um dever de, se não houver recurso e ressalvada a correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo (art. 494, I), não alterar a decisão publicada. Não parece haver qualquer desvalor atribuído pela norma ao comportamento da parte a respeito de não recorrer, mas há desvalor quanto ao comportamento do juiz que alterar a decisão em violação ao dever de se abster de fazê-lo<sup>32</sup>.

Em relação ao ônus da prova, de uma maneira geral, ele contempla regras que estabelecem situações jurídicas nas quais uma parte suporta o ônus relativo à ausência ou à insuficiência de prova. Essas regras, pois, assumem especial relevância em contextos nos quais há dificuldade no acesso à prova, dada a maior possibilidade de que, ao fim do processo, não haja provas suficientes para decidir o caso. Esse raciocínio, portanto, não se aplica da mesma forma aos sistemas jurídicos que possuem amplos mecanismos de *discovery*, em que o acesso à prova costuma não ser uma dificuldade<sup>33</sup>. Entre acesso à prova e ônus da prova há, pois, uma relação de inversa proporcionalidade: quando o acesso à prova é restrito, as regras de ônus da prova são fundamentais; quando, ao contrário, é pleno o acesso à prova e, portanto, a possibilidade de demonstração dos argumentos de fato em juízo, as regras de ônus da prova têm menos utilidade. Sob essa perspectiva, deve-se notar que o ônus não impede que uma parte se beneficie da prova produzida pela outra ou pelo próprio juiz (princípio da comunhão)<sup>34</sup> – trata-se, pois, de ônus imperfeito.

32. Divergindo parcialmente, Vitor de Paula Ramos se refere ao ônus como um comportamento “apreciado” pelo direito e ao dever como um comportamento “exigido” (Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, p. 249, nov. 2021). Ainda que a existência de sanção justifique a conclusão de que o cumprimento do dever é exigido pelo direito, as consequências de se desincumbir ou não do ônus não tem relação com o fato de uma conduta ser apreciada pelo direito. No caso do recurso, isso equivaleria a dizer que a conduta de recorrer seria apreciada pelo direito, o que definitivamente não é o caso.

33. ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. *Law, Probability and Risk*, v. 13, p. 195-219, 2014. Disponível em: [lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html]. Acesso em: 20.01.2024.

34. Até porque, conforme o princípio da comunhão, uma vez obtida, “a prova adere ao processo, sendo irrelevante, em linha de princípio, saber quem a trouxe” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2, p. 27; YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 57. De fato, pode-se falar

No processo civil brasileiro, o uso das regras de ônus da prova é uma das estratégias para lidar com a insuficiência probatória: conquanto elas não impliquem o dever de produzir prova, sujeitam a parte que tem o ônus de fazê-lo sob risco de sucumbência. Por esse motivo, como, para vencer a causa, a parte precisa provar a alegação de fato que serve de fundamento para a sua demanda ou exceção, o ônus da prova influencia os comportamentos das partes em matéria probatória<sup>35</sup>.

No direito brasileiro, a regra geral do ônus da prova é prevista pelo art. 373 do CPC que, em linha com a doutrina de Chiovenda<sup>36</sup>, estabelece a incumbência do autor de provar o fato constitutivo de seu direito; e do réu, de provar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor<sup>37</sup>. Trata-se de uma distribuição estática ou, nas palavras de Mitidiero, de “uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar”<sup>38</sup>.

### 3.2. Ônus da prova, dever de produzir prova e poderes instrutórios

Outra possível estratégia para lidar com a insuficiência probatória é que o juiz determine à parte que produza as provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370 do CPC). Essa determinação pode decorrer de requerimento da parte – que tem o direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar o que alega (art. 369 do CPC) – ou de atuação oficiosa do juiz, utilizando seus poderes instrutórios.

---

irrelevância apenas “em princípio”, uma vez que o comportamento das partes também é passível de valoração. Ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 63). Ver também TRENTO, Simone Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. In: *Revista de Processo*, São Paulo. v. 38, n. 226, p. 163-181, dez. 2013.

35. TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Trad. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. XI, p. 420-431, 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332]. Acesso em: 12.01.2024.
36. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais Santaló. Madrid: Reus, 1925. t. II, p. 252-254.
37. No direito inglês, as defesas do réu são divididas em negativas (*negative defences*), que se consubstanciam na negação dos fatos alegados pelo autor, e afirmativas (*affirmative defences*), por meio da referência a outros fatos que se oponham aos alegados pelo autor. Em relação a estas, o ônus da prova recai sobre o réu. Ver THAYER, James Bradley. The burden of proof. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 2, 15 maio 1890. Disponível em: [https://archive.org/details/details/jstor-1321112]. Acesso em: 13.02.2024.
38. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 136.

Os requerimentos da parte relativos à produção de provas, de modo geral, costumam estar relacionados à tentativa de se desincumbir do ônus da prova. Porém, na medida em que o requerimento diga respeito a algo que dependa da outra parte, a questão será tratada sob o prisma do dever da parte contrária. Ainda assim, a sanção imposta pelo descumprimento costuma ser relacionada ao ônus da prova: se a parte contrária, uma vez ordenada, deixar de exibir documento ou coisa, ou deixar de prestar o depoimento pessoal, a solução principal será considerar provadas as alegações de fato da parte que pretendia que essas provas fossem produzidas (art. 385, § 1º, e art. 400 do CPC).

Há casos, porém, em que essa solução não é útil porque a parte contrária não formulou – ou, pela falta dos elementos de prova, não teve condições de formular – alegação de fato específica. Nesses casos, entram em cena as sanções, de caráter subsidiário (“sendo necessário”, estipula o art. 400, parágrafo único, do CPC), que procuram obrigar a parte contrária à exibição. Se a parte quer saber o valor da apólice do seguro de vida de um familiar falecido, por exemplo, não basta o reconhecimento da existência da apólice: é preciso obter sua exibição de modo forçado. Da mesma forma, se a parte precisa de informações da parte contrária para determinar o valor do prejuízo sofrido, porque essas informações permitem estabelecer o sobrepreço praticado, é insuficiente reconhecer que houve ato ilícito (cartel), porque a parte necessita da prova para saber a qual valor faz jus. Em situações como essa, em primeiro lugar, será necessário adotar todas as medidas de força que estiverem à disposição do juiz, previstas no art. 139, IV, do CPC, e em dispositivos específicos do direito probatório, como o art. 400, parágrafo único<sup>39</sup>. Em segundo lugar, havendo descumprimento da ordem, se o documento, ou a coisa, tiver sido destruído, deve-se cogitar de soluções relativas à redução do *standard* de prova – tema importante, mas que não será enfrentado nesse texto.

Em relação à produção de prova por quem não é parte (“terceiro”)<sup>40</sup>, a questão sempre será tratada sob a perspectiva do dever (art. 380 do CPC) e seu descumprimento

---

39. É nesse sentido que deve ser interpretada a tese fixada no Tema Repetitivo 1000 pelo STJ: “Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único, do CPC/2015.”

40. Conforme aponta Yarshell, é preciso ter cautela ao reputar como “terceiro” o sujeito “cuja esfera jurídica, por conta de determinada prova, é atingida, ainda que os elementos de prova devam ser empregados, em princípio, em face de outro sujeito, em confronto de quem deduzido pedido de natureza declaratória (em sentido lato). [...] Se a produção da prova, de alguma forma, interfere com a esfera jurídica de determinada pessoa, sua condição de



deverá ensejar a adoção de sanções pelo juiz: no caso de exibição de documento ou coisa, ordem de apreensão e outras medidas que forem necessárias (art. 403, parágrafo único, do CPC); no caso de prova testemunhal, em se tratando de não comparecimento, haverá condução forçada da testemunha (art. 455, § 5º, do CPC); e no de prova pericial, o perito pode ser substituído e multado (art. 468 do CPC).

Ademais, com relação à iniciativa probatória do julgador e ao uso de seus poderes instrutórios<sup>41</sup>, é de se notar que, entre tais poderes e o ônus da prova, há, também, uma relação de proporcionalidade inversa quanto a sua importância para o processo<sup>42</sup>: quanto mais forem exercidos os poderes instrutórios – facilitando, pois, o acesso a provas –, a tendência é que menor relevância tenha o ônus da prova<sup>43</sup>. Nesse sentido, como afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco:

“em um imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos [e, acrescenta-se, desde que o

---

sujeito em contraditório perante o juiz não pode ser afastada”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 388.)

41. Sobre o tema, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.
42. Em sentido aparentemente contrário, Danilo Knijnik sustenta que “[...] nessa ordem de ideias, a teoria da carga dinâmica combina-se com o fundamento normalmente adotado para atribuir, ao juiz, iniciativas probatórias que a rigor não se compadeceriam com a aplicação estática do art. 333 [atual art. 373] do CPC”. Na sequência, o autor cita um acórdão da Ministra Nancy Andrighi em que se afirma que os poderes instrutórios se justificam no interesse público existente na efetividade da justiça (KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 947]. Como se percebe, discorda-se tanto da premissa quanto da conclusão.
43. Ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52-53. Em sentido contrário, Bedaque afirma que o poder instrutório do juiz “[...] não se subordina às regras sobre o ônus da prova; nem as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 87.) O pressuposto para essa conclusão é a irrelevância das normas de distribuição da prova antes do momento de julgar: “[...] durante a instrução o problema não se coloca [...]”. Ainda assim, Bedaque reconhece que a atividade instrutória do juiz reduz os casos em que há necessidade de decidir utilizando as regras de ônus da prova. Por isso, afirma: “[...] se além das partes, também o juiz desenvolve esforços para a obtenção da prova, maior a



Estado seja bem sucedido nessa função], perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova.”<sup>44</sup>

Conquanto o juiz possa, em tese, determinar a produção de provas “independentemente do empenho probatório das partes e até mesmo contra a vontade delas”<sup>45</sup>, essa possibilidade é limitada pelo conhecimento dos fatos nos autos<sup>46</sup>. Afinal, como explicam Marinoni e Arenhart, “as partes é que estão em condições de conhecer os fatos – que realmente importam para a demonstração do fato principal – e as provas, especialmente as testemunhais, que podem colaborar para a elucidação do litígio”<sup>47</sup>. Em muitos casos, porém, nem o próprio autor sabe que provas detém a outra parte, que dirá o juiz da causa. Assim, não obstante a amplitude dos poderes de instrução (*vide* os arts. 370, 396, 400, parágrafo único, do CPC, entre outros), seu exercício pode ser pouco factível.

Outra importante limitação para o exercício de poderes instrutórios diz respeito ao custo: o tempo empregado pelo juiz e por outros eventuais auxiliares da justiça para produzir provas não se justifica se é possível impor à parte recalcitrante o ônus da prova, julgando a questão de fato em seu desfavor. Nesse sentido, Flávio Yarshell

---

possibilidade de esclarecimento dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 [CPC/73 – equivalente ao atual art. 373, CPC].” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 88.)

44. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 388.
45. AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 56.
46. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 149. Nesse sentido, Paulo Osternack Amaral aponta como fundamental a distinção entre meios e fontes de prova: “o juiz pode determinar *meios de prova* para esclarecer fatos alegados, mas jamais poderá investigar *fontes de prova* não extraíveis dos autos.” (*Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 57.)
47. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 218.) Prosseguem os autores: “de lado as chamadas ‘provas referidas’, a atuação do juiz de ofício fica circunscrita à prova pericial, o que demonstra que a atuação do juiz em relação à produção da prova jamais poderá eliminar a importância da regra do ônus da prova [...]” Como explica Bedaque: “Não se pode negar que às partes incumbe, predominantemente, a iniciativa probatória. Mas isso somente ocorre por questões de ordem prática, não pela natureza do direito. Verifica-se porque ninguém conhece os fatos melhor do que elas. Além disso, o juiz não pode utilizar-se de seus conhecimentos particulares.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 98.)

sustenta que, quando verificada a disponibilidade dos direitos materiais na relação jurídica controvertida, o juiz deve, a princípio, deixar “a cargo das partes a produção da prova”<sup>48</sup>.

Sob essa perspectiva, o ônus da prova é o principal instrumento para estimular as partes à produção probatória, ainda que não crie essa obrigação. No entendimento de Taruffo, o ônus da prova assume uma função *lato sensu* epistêmica: se as partes dele se desincumbirem, “será apurada a verdade dos fatos e o processo se concluirá com uma decisão justa enquanto fundada sobre a correta aplicação da norma que rege o caso”<sup>49</sup>; do contrário, o ônus da prova servirá como regra de juízo, que permite ao juiz decidir na falta ou na insuficiência de prova, “determinando a sucumbência da parte que não cumpriu o seu ônus probatório”<sup>50</sup>. No primeiro caso, haveria ônus da prova enquanto norma de instrução voltada a orientar a conduta das partes (ônus subjetivo); no segundo, enquanto norma de julgamento dirigida ao juiz (ônus objetivo)<sup>51</sup>.

### 3.3. Ônus da prova e sua dimensão subjetiva

Ao tratar do ônus da prova e procurar examinar algumas de suas características, é necessário dialogar com a importante doutrina que tem criticado a figura do ônus da prova para reduzi-lo à ideia de uma regra de julgamento, um critério de desempate, para casos de insuficiente corroboração<sup>52</sup>. Essa crítica, por vezes,

48. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 124. Em sentido contrário, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 94.

49. TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Trad. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. XI, p. 420-431, 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332]. Acesso em: 12.01.2024.

50. TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Trad. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. XI, p. 420-431, 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332]. Acesso em: 12.01.2024. No mesmo sentido, ver MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.

51. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 133-134. Ver também, MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.

52. FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro.

é acompanhada de outras, mais radicais, como a ideia de que a própria regra de julgamento não tem utilidade<sup>53</sup> ou de que, no caso do direito brasileiro, a emergência de um dever de produzir provas (previsto no art. 400, parágrafo único, do CPC) haveria tornado irrelevante a ideia de ônus da prova em sua dimensão subjetiva<sup>54</sup>.

Ao contrário do que defende Nieva-Fenoll, a existência de uma regra, seja ela qual for, a respeito de como decidir em casos de insuficiência probatória (ônus objetivo) é relevante<sup>55</sup>. Com efeito, na falta ou na insuficiência de prova, a alegação de fato não estará provada ou refutada, de modo que não é possível afirmar, para fins processuais, que o fato ocorreu ou não. É preciso, portanto, ter um critério que estabeleça *a priori* se esse determinado fato alegado será considerado como existente ou não. Não por acaso, a importância desse critério ou regra de julgamento é algo reconhecido amplamente pela doutrina<sup>56</sup>.

Superada a questão quanto ao denominado ônus objetivo (regra de julgamento), cuida-se de analisar as perspectivas que sustentam ser o denominado ônus subjetivo da prova irrelevante por causa da comunhão da prova (Ferrer Beltrán) ou da existência de um dever de produzir provas (Paula Ramos). Ainda que parte da explicação a esse respeito passe pela distinção apresentada na parte II, entre ônus de produção da prova e ônus de persuasão, importa nesse momento explicar a partir de quais premissas se sustenta a relevância da dimensão subjetiva do ônus em contraste com as ideias de Ferrer Beltrán e Paula Ramos.

---

*Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 74-75. RAMOS, Vitor de Paula. *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 120.

53. NIEVA-FENOLL, Jordi. La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 23-52, esp. p. 43 e ss. Criticando essa posição de Nieva-Fenoll, ver RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, p. 252, nov. 2021.
54. RAMOS, Vitor de Paula *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 98 e ss.
55. FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 74.
56. Ver, por todos, FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 74.

A primeira discordância com os referidos autores diz com o modo pelo qual estabelecem a função da prova no processo civil para, a partir disso, extrair relevantes consequências jurídicas. De acordo com Paula Ramos:

“a verdade deve [...] ser colocada como um dos objetivos centrais e primários do processo (sempre lembrando que a verdade é o fim da prova), já que o órgão estatal não pode colocar o selo de sua autoridade em uma decisão que foi obtida com uma averiguação incompleta dos fatos.”<sup>57</sup>

Ainda que se reconheça que tal objetivo não é exclusivo<sup>58</sup>, afirma-se que:

“somente depois de pressupor que o fim último da instituição probatória no processo judicial é o conhecimento da verdade dos enunciados fáticos que descrevem os fatos do caso, podemos julgar as diferentes regras probatórias e os diferentes métodos de valoração da prova como racionais ou irracionais.”<sup>59</sup>

A despeito dessas considerações, um sistema jurídico pode, de forma legítima, optar por uma maior ou menor preocupação com o conhecimento da verdade sem que isso importe na admissão de soluções irracionais. Ainda que seja perfeitamente possível classificar os sistemas a partir da qualidade com que buscam o conhecimento da verdade, não se pode, por outro lado, pressupor que esse objetivo é “principal” e capaz de se sobrepôr a outros objetivos, como o de resolver de forma célere a controvérsia, que possam estar presentes em outras regras de direito probatório. Não é possível partir de uma função estabelecida de forma apriorística (a busca da verdade) para restringir a escolha que é (e deve ser) feita pelo legislador. De fato, o legislador pode optar pela criação de ônus, ainda que a instituição de deveres contribua mais para a busca da verdade; pode assegurar maior disponibilidade para as partes sobre a atividade probatória, ainda que se reconheça que a atuação judicial (o uso de poderes instrutórios) seja mais efetiva para buscar verdade etc. Trata-se de opção legislativa a respeito da qual a doutrina, ainda que crítica, deve ser deferente quando busca descrever o direito positivo (*lege lata*).

57. RAMOS, Vitor de Paula *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 43.

58. RAMOS, Vitor de Paula *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 43; FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 75-76.

59. FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 106.

Essas opções do legislador também se explicam a partir de uma perspectiva empírica: em diversos sistemas jurídicos, especialmente, naqueles com grande volume de processos, existe uma dificuldade para que o juiz atue de forma mais ativa na busca da verdade, seja utilizando seus poderes instrutórios, seja controlando o cumprimento do que foi determinado à parte, ou, ainda, impondo sanções mais ou menos amplas de modo a obter o elemento de prova desejado<sup>60</sup>. Por isso, diversos sistemas optam por, quando possível, priorizar soluções que se refiram ao ônus da prova suportado pela parte contrária em relação a determinado fato. Trata-se de uma característica presente mesmo quando se reconhece o dever, e não apenas o ônus, de uma parte na produção de determinada prova: não se nega que, uma vez ordenada, a parte possa ter o dever de exibir um documento ou de comparecer para prestar depoimento pessoal, mas o fato de ser um dever não faz com que seja mais útil utilizar uma sanção pecuniária, civil ou penal<sup>61</sup> ou quaisquer outras sanções “gravíssimas”<sup>62</sup>, no lugar de simplesmente desincumbir a parte contrária do ônus da prova.

Com efeito, o sistema jurídico brasileiro prestigia como sanção admitir “como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar” (art. 400 do CPC) ou aplicar a pena de confissão (admissão de verdade) quanto a todas as alegações de fato da parte contrária (art. 385, § 1º, do CPC) ou quanto a alguma alegação específica (art. 386 do CPC). Mesmo no direito estadunidense, a primeira sanção prevista na lei para a desobediência a uma ordem de *discovery*, estabelecida pela Rule 37(b)(2)(A)(i), é “determinar que as matérias abrangidas na ordem de exibição ou outros fatos designados sejam considerados como estabelecidos para fins da demanda, conforme alega a parte beneficiada pela ordem”<sup>63</sup>. Nos casos em que o juiz apenas determina a exibição da prova, mas não comina sanção, ou nos quais a sanção pela não produção da prova é desincumbir a parte do ônus da prova, existe grande similaridade entre o ônus e o dever de produção – algo que se altera

60. Como aponta Yarshell, “no contexto de um Judiciário que se queixa notória e sistematicamente do excessivo volume de trabalho, soa quase romântica a ideia de que o juiz, para além da atuação das partes [...] deve (ou, mesmo, tem condições materiais para) empreender obstinada busca da verdade”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 125.)

61. FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 81.

62. RAMOS, Vitor de Paula. *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 101.

63. Tradução livre de: “(i) directing that the matters embraced in the order or other designated facts be taken as established for purposes of the action, as the prevailing party claims.”

significativamente nos casos em que a sanção tem como objetivo exercer coerção sobre a parte para o cumprimento da ordem. Em outras palavras, não apenas o dever de produzir provas não elimina o ônus subjetivo como, frequentemente, atua sobre ele, desonerando a parte que teria o ônus da prova em relação a determinado fato.

As situações examinadas, porém, em nada se confundem com se realizar uma inferência a partir do comportamento da parte recalcitrante<sup>64</sup>, ainda que tal solução também seja possível: o direito pode permitir que seja avaliado o comportamento da parte na relação material e na relação processual e, a partir disso, que sejam realizadas inferências<sup>65</sup>. Esse comportamento pode dizer respeito, pois, a quem aporta as provas no processo e como a parte se comporta em relação à sua produção. Nas palavras de Yarshell, “não parece incorreto extrair do comportamento das partes – incluindo-se, aí, a atividade probatória – verdadeiro *argumento de prova*”<sup>66</sup>. (grifos do original)

Ainda que a origem da prova seja a princípio irrelevante (comunhão), isso não impede que, a depender de outros fatores, saber quem produziu a prova possa ser útil do ponto de vista probatório. Isso vale para diversos aspectos que vão desde a qualidade da pré-constituição em uma produção antecipada de prova (considerando a presença ou não dos interessados, incluindo a parte contra quem se pretende utilizar a prova no processo declaratório), até a conclusão a respeito de determinado fato a partir de inferência sobre o comportamento da parte no âmbito da relação processual (por sua recalcitrância ou procrastinação, pela má-fé com que litiga, pela prática de atos atentatórios, pelo descumprimento de ordens judiciais, entre elas, as relativas à produção da prova).

De todo modo, a argumentação de que a comunhão da prova afasta o ônus subjetivo precisa ser mais bem analisada. De acordo com Ferrer Beltrán, como a parte pode se beneficiar com a produção de prova por outros agentes de processo, ou seja,

---

64. RAMOS, Vitor de Paula. *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 82 e ss. Em sentido contrário e aparentemente confundindo as duas hipóteses ao tratar do “princípio da colaboração”, ver GIANNINI, Leandro. Revisitando a doutrina de la ‘carga dinámica de la prueba’. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 101.

65. RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 20, dez. 1981. Disponível em: [<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8855/6165>]. Acesso em: 26.08.2017.

66. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 63.



como esse aporte não é condição necessária para um resultado probatório favorável, não seria possível cogitar de um ônus subjetivo. Para o autor, esse argumento afasta a ideia de ônus subjetivo na medida em que ônus, por definição, seria algo que estaria construído a partir da noção de necessidade da conduta para obter um resultado favorável<sup>67</sup>.

Tal construção pressupõe que o denominado ônus menos perfeito (Goldschmidt) ou ônus relativo (Pedro Dinamarco) não pode ser considerado como uma espécie de ônus. Afinal, a comunhão da prova demonstraria que a não observância do ônus da prova não resultaria, necessariamente, em consequência desfavorável para o onerado. E, partindo do pressuposto equivocado de que seria necessária a consequência desfavorável para a caracterização de ônus, conclui-se que não há que se falar em ônus da prova em sua dimensão subjetiva na medida em que se a parte dele não se desincumbe, ainda assim, pode ter um resultado favorável no processo.

Partindo dos pressupostos de que o ônus seria um “tema de teoria geral do direito, não parecendo haver, portanto, qualquer razão para imaginar que o ônus do processo civil seja diferente do ônus do direito material” e de que “a consequência prevista na regra que atribui o ônus [...] é fundamental e estrutural ao seu funcionamento”, Vitor de Paula Ramos também rejeita a possibilidade de um ônus imperfeito. Para o autor, a categoria não seria dotada de qualquer normatividade. Como facilmente se percebe, porém, a abordagem é conceitualista: ela pressupõe um conceito de ônus que exclui situações que o direito positivo denomina com esse termo, em vez de partir do diploma normativo para dotar o conceito de certa operatividade.

Segundo Paula Ramos, para que exista ônus “é necessário que a regra preveja uma conduta e uma consequência jurídica correspondente, tanto para a adoção como para a não adoção, a fim de que o sujeito da regra seja estimulado a praticar a conduta desejada”<sup>68</sup>. Já se discordou da valoração da conduta como “desejada” porque ela pressuporia, por exemplo, a partir das próprias premissas do autor, que recorrer seria algo desejado pelo sistema, com o que não se pode concordar. A necessidade de que a regra preveja uma conduta e de que existam consequências jurídicas para sua adoção ou não adoção está presente tanto no ônus perfeito quanto no imperfeito. A diferença é que, em determinados casos, que inclusive são denominados pela lei

67. FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 72-73.

68. RAMOS, Vitor de Paula *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 68.



de ônus, existe a possibilidade de que não se produza o efeito jurídico desfavorável à parte por causa de algum comportamento realizado por outro sujeito processual. Isso também vale para a incidência de normas no âmbito do direito material sem que, por isso, negue-se-lhe a normatividade: se a parte permanecer inerte, a sua pretensão prescreverá, mas o devedor pode praticar ato inequívoco de reconhecimento do débito capaz de interromper a prescrição.

No âmbito processual, os exemplos disso são os mais diversos: o ônus de impugnação específica que, para além das restrições já impostas em lei, pode não resultar em consequência desfavorável caso a parte produza prova em sentido contrário ou, simplesmente, declare o contrário do que havia alegado; e o ônus de apresentar o cálculo e indicar o valor correto na impugnação ao cumprimento de sentença, que pode não ter consequência desfavorável caso a parte contrária reconheça o erro alegado ou, a depender do caso, o juiz o constate de ofício; o próprio ônus do executado de pedir a substituição da penhora<sup>69</sup>, que pode não resultar em consequência desfavorável se o pedido de substituição for feito pelo exequente ou se este anuir com o pedido extemporâneo. Embora não se desincumbir do ônus no momento adequado possa afetar a admissibilidade de determinados atos processuais, de modo geral, seus efeitos adversos para a parte onerada podem ser ilididos pelo comportamento de outros sujeitos processuais. Isso não significa, porém, que a parte que não se desincumbe de seu ônus imperfeito não estará sujeita a um grande risco de que uma consequência juridicamente desfavorável lhe sobrevenha. Para que essa consequência seja evitada, a parte dependerá do comportamento de outros sujeitos que não têm qualquer ônus ou dever de colaborar em relação a sua situação jurídica. Chame-se isso de ônus imperfeito ou de qualquer outro nome, é inegável sua normatividade; é inegável que existem consequências jurídicas do seu descumprimento e que elas podem ser ilididas em decorrência de aspectos relativos ao caráter relacional do processo.

Examinados neste artigo (parte I) os temas do *standard* e do ônus da prova, no próximo artigo (parte II), serão analisados os temas da inversão do ônus da prova e da distinção entre ônus de produção da prova e ônus de persuasão.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, Ronald J. Burdens of proof. *Law, Probability and Risk*, v. 13, p. 195-219, 2014.  
Disponível em: [lpr.oxfordjournals.org/content/13/3-4/195.full.pdf+html].  
Acesso em: 20.01.2024.

69. AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 92, n. 2, p. 242-243, dez. 2020.

- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- AREEDA, Phillip; TURNER, Donald F. Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 4, p. 697-733, fev. 1975. Disponível em: [https://jstor.org/stable/1340237]. Acesso em: 23.02.2024.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *O ônus da prova e sua modificação no direito processual civil brasileiro*. Disponível em: [https://academia.edu/305697/O\_Onus\_da\_Prova\_e\_sua\_Modificacao\_no\_Direito\_Processual\_Civil\_Brasileiro]. Acesso em: 29.10.2023.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- AZEVEDO, Gustavo. Ônus e deveres processuais. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 92, n. 2, p. 232-250, dez. 2020.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BISSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. A inversão do ônus da prova em favor do consumidor. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 18, 2002. Disponível em: [https://emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\_online/edicoes/revista18/revista18\_88.pdf]. Acesso em: 21.12.2023.
- CAMARGO GOMES, Adriano. *Ação de reparação por danos concorrenciais*. São Paulo: Quartier Latin, 2023.
- CAMARGO GOMES, Adriano. O novo Código de Processo Civil e o direito intertemporal em matéria probatória. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fábio Tabosa (Coords.). *Direito intertemporal*. Salvador: JusPodivm, 2016. cap. 1, p. 21-67.
- CAMARGO GOMES, Adriano. *Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- CAMARGO GOMES, Adriano; GARIBALDI, Fernanda. The relationship between public and private enforcement: access to evidence, burden of proof and legal presumptions. In: *Brazilian Antitrust Law (Law n. 12.529/11): 5 years*. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 285-296.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Trad. José Casais Santaló. Madrid: Reus, 1925. t. II.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- COSTA, Guilherme Recena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial* Buenos Aires: Zavalía, 1972. t. I, p. 420-421.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedentes*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. III.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba: entre la confusión y lo innecesario. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 74-75.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova e verità nel diritto*. Bologna: Il Mulino, 2004.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. 3. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2023.
- GIANNINI, Leandro. Revisitando la doctrina de la ‘carga dinámica de la prueba’. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 101.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- HOVENKAMP, Herbert. The Areeda-Turner test for exclusionary pricing: a critical journal. *Review of Industrial Organization*, v. 46, n. 3, p. 209-228, maio 2015.
- JAMES JR., Fleming. Burdens of proof. *Virginia Law Review*, v. 47, p. 51-70, 1961. Disponível em: [<http://hdl.handle.net/20.500.13051/2444>]. Acesso em: 07.02.2024.
- KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- LIMA, Matheus Carneiro. Prova suficiente e o julgamento por ônus da prova. In: COSTA, Ilton Garcia da; POLI, Luciana Costa. *Processo, jurisdição e efetividade*

da justiça III. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 152-172. Disponível em: [<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/6hak5yqx/vyPoECN2uC5NH6OW.pdf>]. Acesso em: 21.01.2024.

- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: os interesses privados das partes diante da natureza pública do processo*. 2018. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.
- MARANHÃO, Clayton. *Standards de prova no processo civil brasileiro*. *Revista Judiciária do Paraná*, ano 14, n. 17, p. 221-258, maio 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de Processo*, v. 306, p. 17-47, ago. 2020.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida. In: NIEVA-FENOLL, Jordi; FERRER-BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2019. p. 23-52.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.
- PRÜTTING, Hanns. Presentación de documentos y dirección del proceso. In: RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- RAMOS, Vitor de Paula. Novos debates sobre o “ônus” da prova: acordos e desacordos entre a doutrina sobre o tema. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, p. 247-262, nov. 2021.
- RAMOS, Vitor de Paula. *O ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 20, dez. 1981. Disponível em: [<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8855/6165>]. Acesso em: 26.08.2017.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

- SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova: CDC, art. 6º, VIII. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 146, ano 32, p. 49-68, abr. 2007.
- STÜRNER, Rolf. La obtención de información probatoria en el proceso civil. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, n. 30, p. 243-262, jul. 2008.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. Trad. Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. XI, p. 420-431, 2015. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/18079/13332]. Acesso em: 12.01.2024.
- THAYER, James Bradley. The burden of proof. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 2, 15 maio 1890. Disponível em: [https://archive.org/details/jstor-1321112]. Acesso em: 13.02.2024.
- TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 38, n. 226, p. 163-181, dez. 2013.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ZUCKERMAN, Adrian. *Zuckerman on civil procedure: principles of practice*. 3. ed. London: Sweet and Maxwell, 2013.

## 5. REFERÊNCIA LEGISLATIVA

- BRASIL. Congresso Nacional. Relatório 01/1989 da Comissão Mista do Congresso Nacional destinada a elaborar o Projeto do CDC. Congresso Nacional, Brasília, DF, 04 dez. 1989.

## 6. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- BRASIL. STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1.589.774/RJ, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.08.2020, DJe 01.09.2020.
- BRASIL. STJ, AgInt no AREsp 1.429.160/SP, 3ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27.05.2019, DJe 31.05.2019.
- BRASIL. STJ, AgInt no REsp 1.287.225/SC, 4ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. 16.03.2017, DJe 22.03.2017.
- BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 246.375/PR, 4ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.12.2012, DJe 14.12.2012.
- BRASIL. STJ, AREsp 491.270/PR, 4ª T., rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 21.10.2014, DJe 04.11.2014.

BRASIL. STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.526.946/RN, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 05.11.2015, *DJe* 13.11.2015.

BRASIL. STJ, REsp 583.142/RS, 2ª S., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, rel. p/ac. Ministro Fernando Gonçalves, j. 09.11.2005, *DJ* 06.03.2006.

BRASIL. STJ, REsp 639.534/MT, 2ª S., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.11.2005, *DJ* 13.02.2006.

BRASIL. STJ, REsp 1.133.872/PB, 2ª S., rel. Min. Massami Uyeda, j. 14.12.2011, *DJe* 28.03.2012.

BRASIL. STJ, REsp 1.235.467/RS, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.08.2013, *DJe* 17.11.2016.

BRASIL. STJ, REsp 1.286.704/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2013, *DJe* 28.10.2013.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicação de *standards* de revisão recursal no Direito Processual brasileiro: uma análise do direito comparado, de Edilson Vitorelli e Julia de Andrade Fonseca – *RePro* 352/377-407;
- Convenções processuais sobre os estândares probatórios, de Antonio do Passo Cabral – *RePro* 347/85-106;
- Hipóteses gerais de *summary* e *default judgments* em ordenamentos de *common law* e o caso específico de *default judgment* por inatividade probatória: um verdadeiro ônus a ser cogitado?, de Vitor de Paula Ramos – *RePro* 347/307-323;
- Limites e possibilidades das convenções processuais sobre *standards* probatórios, de Ravi Peixoto – *RePro* 357/69-89;
- O direito fundamental à prova sob a concepção racionalista (e vice-versa): pela implementação de um modelo objetivista para o direito probatório, de Rodrigo Doval Rosa Lopes – *RePro* 353/103-127;
- O ônus da prova e seus inimigos, de Daniel Mitidiero – *RePro* 306/17-47; e
- Persuasão racional e prova documental na arbitragem brasileira, de Clarisse Frechiani Lara Leite – *RePro* 321/395-424.

Uso exclusivo – proibida a veiculação



# VALORAÇÃO DA PROVA DIGITAL: ENTRE A DESCONFIANÇA E A CRENÇA

## VALUATION OF DIGITAL EVIDENCE: BETWEEN DISTRUST AND BELIEF

Assista o comentário dos  
autores sobre o artigo



**LUÍZA GUIMARÃES CAMPOS BATISTA GOMES**

Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.  
luizag@usp.br

**ANDRÉ RICARDO GODOY DE SOUZA**

Mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.  
argodoy@usp.br

Recebido em: 25.07.2024

Aprovado em: 25.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Digital; Constitucional

**RESUMO:** O momento de valoração probatória na tomada de decisão judicial é de crucial importância para a garantia de inúmeros direitos fundamentais processualmente previstos, em especial o contraditório. A inexistência de parâmetros normativos bem estabelecidos em relação à prova digital, todavia, pode ser um impeditivo para fins de asseguramento de tais direitos fundamentais. Assim, o presente artigo possui como objetivo geral analisar as peculiaridades da prova digital e o valor que ela possui em um contexto probatório hipotético. Do ponto de vista específico, analisaremos, na primeira seção do texto, questões relativas à teoria geral da prova digital, passando por uma sucinta análise de direito comparado (continental e americano), para apresentar em linha conclusiva, a partir da abordagem do método toulminiano de valoração dos argumentos, o valor devido à prova digital diante de um contexto hipotético.

**PALAVRAS-CHAVE:** Epistemologia judiciária – Prova digital – Layout de Toulmin – Valoração racional.

**ABSTRACT:** Evaluating evidence in judicial decision-making is crucial for guaranteeing numerous procedural fundamental rights, especially the right to be heard. However, the lack of well-established normative parameters concerning digital evidence can impede ensuring these fundamental rights. Therefore, this article aims to analyze the specific characteristics of this type of evidence and its value in a hypothetical evidentiary context. From a particular point of view, in the first section of the text, we will analyze issues relating to the general theory of digital evidence, going through a brief analysis of comparative law (continental and American) and then presenting a conclusion, using the Toulminian method of valuing arguments, the value due to digital evidence in a hypothetical context.

**KEYWORDS:** Judicial epistemology – Digital evidence – Toulmin's layout – Rational valuation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais e concepção da prova digital. 3. A perspectiva comparada de fontes. 3.1. Jurisdição e compartilhamento de dados: convenção de Budapeste, EUA, UE e Brasil. 3.2. Modelo EUA: FRE 702 e 703 e precedentes relevantes. 3.3. A perspectiva brasileira. 3.4. Precedentes nacionais relevantes sobre provas digitais. 4. Valor probatório da prova digital e acerto dos fatos. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O momento de valoração da prova produzida em contraditório garante concretude ao “direito à prova”, na medida em que confere às partes a possibilidade de controle externo da efetividade do contraditório e a ampla defesa no curso do processo. Todavia, a temática ganha colorido diferente se analisada do ponto de vista da prova digital. A falta de positivação jurídica, de um lado, e a impossibilidade de uma decisão *non liquet*, de outro, jogam novas tintas ao quadro até então desenhado pelas fontes do direito, que disciplina a apreciação probatória.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é analisar o valor que a prova digital possui de acordo com o paradigma da racionalidade e da denominada escola cognitivista da prova. Para tanto, do ponto de vista específico, trataremos sucintamente da teoria geral da prova digital na primeira seção do texto, fazendo uma breve análise da concepção da prova digital do ponto de vista do direito comparado (continental e americano), que se seguirá da ilustração do estado de coisas na realidade brasileira.

Por fim apresentaremos nossas considerações conclusivas a respeito do valor probatório, que é devido à prova digital, a partir da exploração do método toulmiano de avaliação de argumentos, de modo a elucidar que a prova digital é apenas mais um instrumento na equação do julgador e não goza de *status* privilegiado no sistema da livre apreciação.

## 2. ASPECTOS GERAIS E CONCEPÇÃO DA PROVA DIGITAL

A primeira característica da *prova digital* que a *diferencia*, atribuindo-lhe caráter *técnico* em relação às *provas comuns*, é o fato de que aquela está inserida no contexto imaterial e é materializada por recursos de sistema e programação, o que, para a maioria das pessoas, é ininteligível. Este contexto atrai para a *prova digital*, além de potencial volatilidade, a suscetibilidade a alterações<sup>1</sup>.

---

1. VAZ, Denise Provasi. *Provas Digitais no processo penal*: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 68.

Nosso cérebro não é capaz de compreender uma fotografia apenas olhando para o sequenciamento de *bits* armazenado digitalmente<sup>2</sup>. Para que *bits* sejam ilustrados em uma imagem passível de leitura por um *software* especializado, o computador faz uma sobreposição de inúmeros processos de “limpeza” de metadados, e tal processo ainda depende de um operador humano. Esse conjunto de ações torna a *prova digital* uma prova delicada, pois a sua *fiabilidade* epistêmica dependerá ao mesmo tempo: (a) da qualidade do processo de *cópia* e da *extração*, (b) assim como do processo de *análise e interpretação* dos dados<sup>3</sup>.

Tal raciocínio valerá em relação às provas digitais obtidas em *dados armazenados*, assim como em relação às mídias digitais, *e.g.*, conversas e fotografias postadas em redes sociais, postagens abertas ou mensagens privadas oriundas de aplicativos e sítios de *internet*, conteúdos de audiovisual postados abertamente ou de modo privado, *audiências* judiciais, eventos on-line, imagens de câmeras de vigilância em via pública, imagens de câmeras de segurança de transporte público, geolocalização por aplicativo de *internet*, entre outras possibilidades contemporâneas a este texto e que estão por vir.

A segunda característica especial das *provas digitais* é o fato de que elas são, *per si*, espécie de *provas atípicas*. Não raras vezes, as provas digitais também envolvem em seu processo de coleta ou produção a invasão da *privacidade* dos sujeitos atingidos indiretamente (*e.g.*, o alvo da feitura da prova está em um vídeo postado em rede social, e que servirá de prova da ocorrência de um crime, mas possui outras pessoas ao seu lado, cuja participação ou coautoria desse crime hipotético é inexistente), além da infringência ao *nemo tenetur se detegere* (*e.g.*, o sujeito que é requisitado pela autoridade policial a desbloquear seu aparelho celular para fins de “apreensão e busca” digital).

Mais do que um problema dogmático, este é um problema ético. Não só em relação à invasão da *privacidade* do outro e eventuais terceiros, mas também, em especial, em relação à atuação da autoridade investigativa, a qual, diante da lacuna legislativa, pode ir além dos limites que seriam estabelecidos em mandado de busca e apreensão<sup>4</sup>.

2. DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, 2011.
3. CARLIZZI, Gaetano. La prova tecnologia nel processo penal. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZI, Giovanni (Coord.). *Dimensione tecnologica e prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 77-95.
4. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BARBOSA, Daniel Marchionatti. Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 477-502.

É o exemplo do caso de invasão de dispositivo móvel realizada pela polícia em situação de flagrante delito do sujeito que comete um *sequestro*. A apreensão do celular é justificada, proporcional e adequada, a busca dos dados apreendidos, sem qualquer mandado judicial autorizativo para a medida é, todavia, inadequada do ponto de vista da legalidade formal. Sua justificativa deve-se ao fato do crime ser grave, a situação ser de flagrante delito e a presunção do perigo de terceiros ser uma interpretação razoável diante do caso concreto, conforme definido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em voto concorrente no julgamento do HC 51.531/RO<sup>5</sup>.

Diante dos critérios estabelecidos nesse julgamento, podemos afirmar que, para fins da quebra de sigilo de dados armazenados em dispositivo (móvel ou computacional), são necessários os seguintes requisitos: (1) prova da existência de um crime punido com reclusão; (2) indícios de responsabilidade pelo ilícito, pelo titular dos dados e, excepcionalmente, necessidade de quebra de sigilo em relação a terceiros (vítima, *e. g.*); (3) identificação, o mais precisa possível, dos dados que se buscam/requisitam; (4) impossibilidade de obtenção da prova por outro meio menos gravoso; (5) adequação da medida para provar o fato a ser apurado; (6) proporcionalidade, levando-se em conta o custo dos direitos individuais envolvidos.

Especificamente quanto ao *meio*, as provas digitais podem ser encontradas em fontes públicas, abertas, privadas, fechadas ou parcialmente fechadas<sup>6</sup>.

Assim, podemos dizer que a *prova digital – informática ou tecnológica* – é um tipo de prova atípica, técnica, que guarda em si potencial de invasão da privacidade do investigado/acusado e de terceiros, além de representar uma possível infringência do direito à não autoincriminação e ter natureza imaterial, volátil e suscetível a alterações.

### 3. A PERSPECTIVA COMPARADA DE FONTES

#### 3.1. *Jurisdição e compartilhamento de dados: convenção de Budapeste, EUA, UE e Brasil*

A Convenção de Budapeste<sup>7</sup>, formulada pelos Estados-membros do Conselho da Europa e outros países estrangeiros signatários (entre eles, Brasil<sup>8</sup> e EUA),

---

5. ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys (Eds.). *Direitos Fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, 2018. v. 1. p. 64-99.

6. NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. Provas digitais obtidas em fontes abertas na internet: conceituação, riscos e oportunidades. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 111-126.

7. Disponível em: [rm.coe.int/16802fa428]. Acesso em: 04.07.2022.

8. A Convenção de Budapeste foi aprovada pelo Dec. Legislativo 37, de 16 de dezembro de 2021, e publicado no Diário do Senado Federal em 14 de outubro de 2021.

formaliza um *pacto transfronteiriço* no sentido de intensificar a cooperação entre tais Estados, para fins de repressão aos crimes cibernéticos e informáticos, *seja* pela autoridade judiciária de cada Estado-parte e membro da Convenção, *seja* pela autoridade de investigação pertinente.

Muitos conflitos normativos e de interpretação, contudo, circundam a aplicabilidade desta Convenção. A aplicação do *conceito de Jurisdição* convencionado, o atendimento dos *critérios de urgência, necessidade, proporcionalidade e razoabilidade* da medida pretendida por um Estado-parte ou membro, em um caso concreto e a *recepção* desta Convenção.

O conceito de Jurisdição tratado pela Convenção veio à tona no julgamento do caso *U.S. vs. Microsoft Corp.*, pela Suprema Corte Americana, cujo debate se referia à possibilidade de o governo norte-americano requisitar (e obter) informações armazenadas fora do país (em servidores localizados em jurisdição estrangeira), sem que o país sede (do armazenamento físico dos dados) fosse envolvido. Nesse caso, o governo buscava ter acesso a dados armazenados em nuvem, fisicamente localizados nos servidores da *Microsoft* que se encontravam na Irlanda, sem que, para tanto, fossem necessários os trâmites de convalidação da ordem judicial expedida pela justiça norte-americana pela justiça irlandesa. A justificativa era que a *Microsoft* era uma empresa norte-americana e os dados importavam para uma investigação complexa sobre tráfico de drogas desencadeada nos EUA.

Para Stephen Allen<sup>9</sup>, o conceito de Jurisdição vinculado à ideia de territorialidade não seria mais suficiente para lidar com esse tipo de situação em concreto, no qual o objeto jurídico da busca é um dado desmaterializado, armazenado em ambiente virtual, fisicamente localizado fora da jurisdição do Estado que procede com a investigação<sup>10</sup>. Seria necessária, assim, uma reformulação do conceito de Jurisdição, a fim de antecipar qual resposta o Direito pode admitir como válida – ou, para usar a terminologia de Kelsen<sup>11</sup>, *legítima* – quando esse tipo de problema<sup>12</sup> se apresentasse.

9. ALLEN, Stephen. Enforcing criminal jurisdiction in the clouds and international law's enduring commitment to territoriality. In: ALLEN, Stephen; COSTELOOE, Daniel; FITZMAURICE, Malgosia; GRAGL, Paul; GUNTRIP, Edward (Eds.). *The Oxford handbook of jurisdiction in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 381-412.
10. RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45.
11. KELSEN, Hans. Legal Technique in international law. *Geneva Studies*, v. X, n. 06, Dec. 1939. p. 37.
12. *The loss of location problem*.

O problema da Jurisdição originado no conceito de territorialidade, para Allen, pode ser resolvido se tal conceito for ligado ao de soberania. Allen critica, nesse ponto, a redação que é dada ao artigo 32 da Convenção e a possibilidade de um indivíduo renunciar sua privacidade, de modo a consentir com a busca de dados em outros Estados-parte (o que dispensaria a convalidação da ordem judicial expedida com esse fim). Allen argumenta que um indivíduo não poderia renunciar à sua privacidade em determinados contextos (e. g., pessoa detida ou presa em investigação, o que implicaria consentimento potencialmente viciado por omissão), assim como não teria o poder de interferir no domínio jurisdicional de outro Estado.

A proposta de Allen, contudo, não parece se sustentar diante da tradição normativa dos EUA, já que naquele Estado-parte, a *autonomia* e a *privacidade* são tradicionalmente sobrepostas a outros interesses, regras ou normas em conflito em um caso concreto, ao mesmo tempo em que a detenção ou a prisão temporária não é caracterizada *per se* como coerção à autonomia privada. Pensando especificamente no caso da *Microsoft*, a opção individual não colocaria, ou representaria efetivamente, um risco para a soberania nacional norte-americana ou do próprio país onde o dado estivesse armazenado, já que a extração da informação não seria considerada uma ação de risco social coletivo elevado. O ponto de reflexão seria saber se a legislação da Irlanda admitiria esse tipo de comportamento como legítimo.

Pensando nesse tipo de questão, David Ramalho<sup>13</sup> propõe que o conceito de Jurisdição seja lido a partir da confluência do conceito de *ciberespaço* que, para a tecnologia, não se refere a um *lugar*, mas sim a um *meio* de circulação das informações. Uma ideia distinta ao que poderia ser uma concepção jurídica para tal termo, já que espaço, para o mundo do Direito, também se encontra ligado à ideia de territorialidade geográfica. Por exemplo, importa esclarecer se será possível que um Estado, *valendo-se de métodos dissimulatórios* – seja para enganar o sujeito investigado, seja para utilizar os dados de acesso do sujeito investigado que, por acaso, dispõe –, obtenha dados probatórios que incriminam esse sujeito na linha investigativa seguida, e se ao fazê-lo estaria autorizado a invadir a soberania de outro Estado.

Ramalho explica que: (1) o acesso a páginas e conteúdo *web* armazenadas em um servidor x, acessadas por um indivíduo y, dependem do funcionamento de um

---

13. RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45-91.

*handshake*<sup>14</sup>; (2) assim como a identificação segura de um endereço de IP<sup>15</sup>. A definição (1) está ligada assim ao registro do fluxo de informação e a outra (2) está ligada à ideia de territorialidade geográfica, tal qual como concebida pelo mundo jurídico (no onde, em que lugar etc.).

A concepção de soberania apresentada supra se distingue daquela que foi elaborada por Kant<sup>16</sup> e Kelsen<sup>17</sup>, no sentido de que, ao aderir a determinado compromisso internacional, um Estado-nação se submete ao conjunto de dispositivos normativos ali previstos, de maneira a promover a harmonia interpretativa de tal conjunto normativo internacional e o seu conjunto normativo doméstico, observando a preservação dos princípios que regem e garantem a *manutenção da paz* pelo Estado Democrático de Direito.

Há, assim, um aparente conflito de normas do Direito Internacional, entre uma concepção conciliatória e integralista da comunidade aderente ao pacto e os interesses individuais de um determinado Estado-membro, em relação à defesa de sua própria concepção normativa e jurídica, em detrimento do que fora democraticamente estabelecido pelo bloco do qual ele faz parte. No caso da UE, os critérios jurídicos da urgência e da necessidade, aliados ainda à proporcionalidade, parecem ser os balizadores que guiam e ao mesmo tempo autorizam a invasão da jurisdição de um Estado-membro por outro da UE, em casos específicos de investigações e situações de flagrância, de crimes relacionados ao tráfico de drogas, de armas e de pessoas.

A concepção de Estado que orienta a conformação de legislações internacionais e domésticas – em uma interpretação harmoniosa e pragmática em relação aos valores democráticos em jogo –, que é desenvolvida a partir de Kant e Kelsen, parece ser mais próximo do posicionamento adotado pelo STF, já que toda discussão relacionada ao *status* dos Tratados e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil teve essa temática como pano de fundo.

- 
14. Um computador envia um sinal de pedido de acesso para um determinado servidor, que concede o acesso, o computador então envia um sinal de pedido de rolagem da barra da página acessada, por ex., o servidor então envia o acesso à rolagem da barra da página acessada e assim por diante.
  15. Com o cruzamento dos dados “completados” pelo TCP durante o acesso ao conteúdo *web*.
  16. KANT, I. *À paz perpétua*. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 34.
  17. KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 242.



Esse é exatamente o posicionamento de Fernanda Domingos, Melissa Silva e Neide Oliveira<sup>18</sup> que, ao analisarem os aspectos normativos afetos à legislação internacional e o Direito brasileiro (e a sua conformação ou não) para fins de aplicação, especificamente quanto ao inciso VIII do artigo 33 da LGPD, estipulam que o regime de *transferência* de dados entre o Estado brasileiro e outro Estado-nação estará autorizado: “quando o titular tiver fornecido o seu consentimento específico para a transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo claramente essa de outras finalidades”.

A parte final do inciso VIII diz que aquele enunciado normativo se distingue dos demais em relação à sua *finalidade*. Arriscamos dizer que se distingue também quanto à *forma*, já que este dispositivo parece privilegiar a autonomia privada – como ocorre na tradição norte-americana – em detrimento das formalidades jurídicas inerentes aos atos de cooperação entre Estados. A exceção se referiria apenas à matéria criminal, já que o artigo 4º, III, da LGPD põe a salvo a reserva legal quanto ao tráfego de dados eletrônicos entre países, para fins de persecução e investigação criminal.

Em uma interpretação *restritiva* das normas e regras de direito processual penal, assim como pelo princípio da *especialidade*, não há no Brasil a regulamentação do procedimento de cooperação entre Estados-parte para fins de compartilhamento de *dados digitais e informáticos*, e a persecução penal ligada à repressão de crimes cibernéticos e informáticos. Todayá, a Convenção de Budapeste foi devidamente recepcionada e ratificada pelo DL 37/2021 (Senado Federal), o que significa que, atualmente, nosso país se submete ao contrato internacional, mas não dispõe de uma legislação especial interna que regule o direito doméstico.

O CPC, por sua vez, estabelece como *postulado* de interpretação sistêmica o princípio da cooperação (artigo 6º) e discrimina no Capítulo II (artigo 26 e seguintes), em rol *exemplificativo*, de que maneira tal cooperação deverá acontecer. Em razão do enunciado normativo contido no artigo 3º do CPC, aliado ao fato de que a legislação especial (CPP e LGPD Penal, pendente de aprovação) é omissa em relação ao tema, pode-se dizer que o procedimento previsto no referido Capítulo deverá ser aplicado em matéria de cooperação internacional criminal, nos casos em que

---

18. DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza; SILVA, Melissa Garcia Blagitz de Abreu e; OLIVEIRA, Neide Mara Cavalcanti Cardoso de. Transferência internacional de dados para fins de investigações criminais à luz das leis de proteção e dados pessoais. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 130-155.

o Brasil seja chamado por outro Estado-parte da Convenção de Budapeste, para fins de fornecimento de *dados digitais e informáticos* que estejam armazenados, em fluxo ou titulados pelo nosso país.

O Livro V do CPP, que trata das relações jurisdicionais com autoridades estrangeiras, possui redação original inalterada e prevê, *expressamente*, que tais disposições se aplicarão aos pedidos de cooperação internacional, *sem prejuízo do quanto disposto em convenções ou tratados* (artigo 780). É por esta razão que o Ministério da Justiça do Estado brasileiro firmou o Convênio com o *Homeland Security* e o *FBI*<sup>19</sup>, para fins de cooperação internacional pertinente ao compartilhamento de *dados digitais e informáticos* de pessoas alvo de ambos os países, para fins de repressão ao tráfico internacional de pessoas e o desmantelamento de redes de sequestro e pedofilia.

### 3.2. Modelo EUA: FRE 702 e 703 e precedentes relevantes

Em 1914, no julgamento de *Weeks v. United States*<sup>20</sup>, a Suprema Corte estabeleceu o precedente de que a *expectativa de privacidade* (quarta emenda) tornava ilícita toda e qualquer prova obtida mediante sua violação. Este entendimento seria estendido às provas por derivação, por ocasião da aplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados, com exceção das provas que fossem alcançadas pelo permissivo da descoberta inevitável.

Contudo, no julgamento de *Katz v. United States*<sup>21</sup>, datado de 1967, a Suprema Corte formulou o precedente que deu à “razoável expectativa de privacidade” o *status* que ela ocupa hoje, no sentido de que o indivíduo possui esta expectativa, não só em relação ao espaço físico que ele ocupa, *mas também em relação às informações pessoais que este indivíduo procura preservar ou que acredita que estão preservadas, em relação ao domínio público*.

A *reasonable expectation of Privacy*, transplantada como um critério para a admissibilidade da prova digital obtida por fontes públicas e abertas – *distintas em suas respectivas concepções* –, encontra-se prevista na *fourth amendment* da Constituição norte-americana e, inicialmente, fora concebida pela *Bill of Rights*, a fim de garantir a proteção à privacidade e a intimidade que um indivíduo esperava ter em sua própria residência.

19. Disponível em: [agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/brasil-e-estados-unidos-assinam-acordos-de-cooperacao-em-seguranca]. Acesso em: 18.06.2024.

20. Disponível em: [www.oyez.org/cases/1900-1940/232us383]. Acesso em: 21.09.2024.

21. Disponível em: [supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/]. Acesso em: 21.09.2024.

Em relação à interpretação da quarta emenda e a possibilidade de invasão à privacidade de dados por parte de autoridades (policiais e judiciais), podemos afirmar que determinados dados digitais, ainda que oriundos de fontes *públicas e abertas*, guardam em si a razoável expectativa de privacidade se o usuário acredita que tais dados estão protegidos do domínio público – conforme a *ratio* produzida em *Katz v. United States* – e, por esta razão, não podem ser utilizados à revelia de seus usuários inadvertidos, *ainda que seja* para constituir a *probable cause* de uma busca ou determinar a *prima facie* da ocorrência de um delito.

Outra especificidade do sistema do *common law* norte-americano, que nos interessa em relação à prova digital (porque técnica), diz respeito à feitura da prova pericial, que nos EUA é realizada por meio de depoimento prestado por *testemunha especializada* em juízo. Em 1923, o Sr. Frye foi condenado por assassinato pela Corte de Apelação da Columbia e não foi autorizado a trazer os resultados do detector de mentiras (que, no caso, poderiam beneficiá-lo), sob a justificativa de que este teste não possuía uma *aceitação geral* da comunidade científica. A partir desse julgamento, a Suprema Corte norte-americana definiu que o critério mínimo para a aceitação de uma prova científica baseada em nova ciência ou nova descoberta deveria ser a aceitação geral da comunidade à qual ela pertenceria<sup>22</sup>.

A *regra Frye* foi gradativamente caindo em desuso pelos Tribunais norte-americanos, especialmente após a promulgação das *FRE*<sup>23</sup>, as quais, formuladas em 1975, não faziam qualquer menção à *Frye* como critério obrigatório para a admissão da prova técnica em determinado caso concreto (depoimento do especialista).

A *Rule 702* estabelece que o especialista deve portar uma “confiança razoável” em relação ao testemunho que será apresentado em juízo, enquanto a *Rule 703* afirma que este testemunho, além de confiável do ponto de vista científico, também deveria ser relevante para a resolução do caso. Não havia qualquer menção à avaliação por pares ou aceitação geral da tese por parte da comunidade científica<sup>24</sup>.

Isso abriu margem para que a *junk science* voltasse a ser utilizada nos Tribunais norte-americanos. E, em 1993, no caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharms. Inc.*<sup>25</sup>, a Suprema Corte EUA formula o critério de admissibilidade no sentido de que a prova

---

22. GIANNELLI, Paul C. The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later (1980). *Faculty Publications*. 1109; também citado por HAACK, Susan. Op. cit., p. 178-179.

23. No caso do julgamento de *Daubert*, especificamente a *Rule 702*.

24. *Rule 702*. Disponível em: [www.law.cornell.edu/rules/fre/rule\_702.]. Acesso em: 21.09.2024.

25. Disponível em: [supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/]. Acesso em: 21.09.2024.

técnica deve passar por determinados testes de controle pelo *gatekeeper* do processo<sup>26</sup>, baseados em testes que fossem reconhecidamente *relevantes e confiáveis*, refletissem um *conhecimento científico* e pudessem ser aprovados a partir de *fatores ilustrativos* (teste das hipóteses). E, além disso, fossem feitos mediante *metodologia científica* estabelecida na comunidade<sup>27</sup>.

O alcance do *nemo tenetur* foi analisado em 1963, no caso de *Miranda v. Arizona*, quando a Suprema Corte dos EUA estabeleceu que, em virtude do disposto na quinta emenda da constituição norte-americana, toda pessoa presa teria o direito ao aconselhamento e assistência técnica de um advogado, assim como de não produzir prova contra si mesma, *seja* por meio do exercício de silêncio, *seja* por meio de recusa ao fornecimento de documentos<sup>28</sup>. Neste precedente, o Sr. Miranda foi preso em sua residência e levado a uma delegacia de Phoenix (AZ), para prestar esclarecimentos à autoridade policial. Quando questionados por Miranda acerca da motivação da condução até a delegacia, os policiais responderam que nada sabiam sobre a investigação. Assim, os direitos relativos à não autoincriminação nunca foram informados para o conduzido, o que culminou na anulação de todas as provas produzidas e no famoso precedente chamado de “*Miranda Warning*”.

O conteúdo de mandados e a possibilidade de vistoria pessoal mediante autorização específica do investigado também foi objeto de decisões importantes da SCEUA. No caso *U.S. vs. Carey* (1999), o Sr. Carey (investigado pela polícia por suspeita de atuação com tráfico de drogas) foi abordado em sua residência com um mandado de prisão. Durante a abordagem, os policiais perceberam um *bong* (cachimbo de água) e pediram ao Sr. Carey autorização para uma busca na residência à

---

26. A formulação acerca da função do magistrado enquanto *gatekeeper* das provas surgiu mais tarde, quando da reafirmação do critério de *Daubert* nos julgamentos da *General Electric Co. vs. Joiner* 522 US 136 (1997) e *Kumho Tire Co. vs. Carmichael* 526 US 137 (1999). Ver mais sobre em: HAACK, Susan. Op. cit., p. 179.

27. Especificamente quanto à metodologia utilizada, o critério de *Daubert* estabeleceu que os juízes devem sempre questionar para o perito se (1) o tema trazido à Corte foi objeto de publicações científicas (artigos, livros etc.); (2) se o método utilizado pelo perito faz parte do currículo formal de aprendizagem nas universidades ou se é debatido pela comunidade científica como um “novo método”; (3) se esse método permite testagem (esse critério é geralmente atribuído à corrente popperiana da ciência); (4) se existe uma margem de erro prevista na aplicação desse método e qual é o seu percentual; (5) se o método conta com a aceitação da maior porção da comunidade científica pertinente (esse critério é conhecido como *general acceptance*).

28. Disponível em: [[caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/384/436.html](https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/384/436.html)]. Acesso em: 21.09.2024.

procura de drogas. O Sr. Carey consentiu com a busca, firmando, ainda, um termo de autorização por escrito. A polícia apreendeu a droga, outros instrumentos de uso e dois computadores, que eles acreditavam conter provas acerca do tráfico. De posse dos computadores, os detetives obtiveram um mandado *supletivo* para fins de busca nos arquivos digitais, eventualmente ligados ao tráfico de drogas. Os detetives se depararam com 244 (duzentas e quarenta e quatro) fotos de pornografia infantil, que não estavam abarcadas pelas “palavras-chave” do mandado *supletivo* de busca nos arquivos digitais do Sr. Carey<sup>29</sup>.

A questão para a SCEUA, no caso *U.S. vs. Carey* (1999), era determinar se as fotos de pornografia infantil poderiam ser classificadas como descoberta fortuita ou se a apreensão dos computadores e a busca por fotografias (ao invés de arquivos ligados a mercancia de droga) estariam de fora do escopo dos mandados obtidos pela polícia. Neste julgamento, firmou-se o entendimento de que os materiais apreendidos e examinados, que não estavam abarcados pelo mandado, deveriam ser *excluídos*, assim como todas as provas derivadas, por ofensa à quarta emenda e à proibição de mandado genérico.

Em caso antagônico, *Wisconsin vs. Schroeder* (2000), o precedente *Carey* foi reafirmado. O Sr. Schroeder teve o seu computador apreendido por ocasião de uma investigação de assédio. O mandado originário de busca nos arquivos digitais delimitava a busca a arquivos que pudessem comprovar a sua autoria no assédio. Quando do exame nos arquivos, contudo, o perito encontrou fotos de pornografia infantil e, ao contrário do que ocorrera no caso *Carey*, suspendeu a busca e obteve um mandado *supletivo* específico para fins de busca nos arquivos que pudessem revelar a ocorrência de crimes ligados à pornografia infantil. A Corte de Apelação de Wisconsin decidiu que não houve infringência à quarta emenda nesse caso, já que o precedente formulado em *Carey* teria sido atendido, uma vez que a polícia obteve um mandado de busca *supletivo*. Assim, todas as provas relacionadas com a pornografia infantil foram aceitas como descoberta fortuita.

### 3.3. A perspectiva brasileira

Por meio da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), o legislador brasileiro previu, em linhas gerais, os direitos e deveres dos titulares dos dados, bem como as respectivas obrigações dos provedores de aplicação e de conexão. E, diferentemente da Lei Geral de Proteção de Dados vigente, incluiu artigos específicos que se relacionam a feitos criminais. O artigo 22 prevê, por exemplo,

---

29. Disponível em: [[caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1317424.html](http://caselaw.findlaw.com/us-10th-circuit/1317424.html)]. Acesso em: 21.09.2024.

o procedimento de requisição judicial de registros, mediante reserva de jurisdição em todos os casos, cíveis e penais, nos quais a parte interessada pretenda obter registros de conexão ou de acesso a aplicações de internet.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018), embora expressamente exclua as atividades de investigação e repressão de infrações penais de seu escopo (artigo 4º, III, *d*), apresenta em sua base principiológica diretrizes que parecem ser plenamente aplicáveis aos feitos criminais. Seria difícil, efetivamente, imaginar que um mesmo sujeito de direitos tivesse assegurada a autodeterminação informativa e a inviolabilidade da sua intimidade, honra e imagem, em todas as esferas de sua vida, exceto quando se visse investigado ou acusado de infração penal, especialmente por força da vedação da proteção deficiente.

Do ponto de vista procedimental, no que se refere à coleta, extração e exame de material digital, a Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça estabelece em suas diretrizes normativas os critérios e procedimentos que deverão ser adotados pelos Institutos de Criminalística estaduais, quando da feitura do laudo pericial relativo à apreensão e busca de materiais: a) armazenados em mídia digital<sup>30</sup>; b) equipamento computacional portátil<sup>31</sup>; c) exame de local de informática<sup>32</sup>; d) exame de local de *internet*<sup>33</sup>.

Especificamente quanto aos crimes de tráfico internacional de pessoas e o desmantelamento de organização criminosa pertencente ao ramo de prostituição e pedofilia, como dito, o Ministério da Justiça firmou com o *Homeland Security* e o *FBI* um convênio para auxílio e cooperação entre Brasil e EUA, mediante *hacking* governamental e operação do robô desenvolvido pela inteligência norte-americana, que monitora o *fluxo* de conteúdo baixado na internet e que pode ser classificado como *sensível* (e. g., fotografia de pornografia infantil)<sup>34</sup>.

Nossa legislação é insuficiente, em termos de *tipicidade* dos atos de investigação, produção da prova e admissibilidade probatória. Não obstante, para os estreitos limites deste artigo, a análise da jurisprudência acerca do tema da prova digital se apresenta como alternativa profícua, ao tratamento dispensado neste tema pelo nosso país.

30. POP 3.1 Ministério da Justiça. Disponível em: [www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento\_operacional\_padrao-pericia\_criminal.pdf]. Acesso em: 21.09.2024. p. 88.

31. POP 3.2 Ministério da Justiça. Op. cit., p. 94.

32. POP 3.3 Ministério da Justiça. Op. cit., p. 100.

33. POP 3.4 Ministério da Justiça. Op. cit., p. 104.

34. Disponível em: [agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-03/brasil-e-estados-unidos-assinam-acordos-de-cooperacao-em-seguranca]. Acesso em: 21.09.2024.



### 3.4. Precedentes nacionais relevantes sobre provas digitais

Conforme exposto linhas supra, uma das características da *prova digital* é a linha tênue que envolve o seu processo de coleta, análise ou feitura, em relação ao *nemo tenetur se detegere* e o sujeito investigado/acusado.

Especificamente em relação ao direito à não autoincriminação, no julgamento do RE 640.139 (Min. Dias Tóffoli, *DJe* 22.09.11), o STF assentou o entendimento de que este direito não possui *caráter absoluto*<sup>35</sup>, de maneira a reafirmar a constitucionalidade do art. 305 do CTB (tipifica a fuga do local do acidente de trânsito como crime) e a ausência de ofensa ao *nemo tenetur se detegere* (LXIII do art. 5º da CRFB/88). Amparou-se, para tanto, na revisão de sua própria jurisprudência relacionada ao tema, e que teria sido iniciada com o precedente da RCL 2.040/DF (Min. Néri da Silveira, *DJe* 21.02.2002), ocasião em que se decidiu que a autoridade judicial poderia determinar a realização de exame de DNA, colhido de gestante (vítima), ainda que sem a autorização desta, a fim de comprovar a ocorrência do crime de estupro.

Em crítica, Geraldo Prado<sup>36</sup> expõe uma contundente defesa do princípio da não autoincriminação enquanto *pilar e pressuposto* de existência de um processo penal minimamente democrático e afirma que não admitir uma infringência ao *nemo tenetur se detegere*, por mínima que seja, significa promover o resgate dos princípios e valores que norteiam a própria proteção à intimidade, da qual faz parte a *privacidade*, enquanto valor indissociável do Estado de Direito.

No acórdão do RE 640.139, há uma extensa digressão que estabelece paralelos com julgamentos proferidos no *common law* aqui citados. Contudo, subvertem-se os argumentos utilizados por outros países – especificamente os EUA e a Inglaterra<sup>37</sup> –, assim como daquilo que fora analisado pelo próprio STF anteriormente, pois,

---

35. Em direção oposta, afirma-se que o *nemo tenetur se detegere* é um postulado democrático do qual o “direito ao silêncio” previsto no art. 5º, LXIII, da CRFB/88 é parte indissociável, assim como a não autoincriminação. Ambos são conquistas do sistema acusatório, em relação à abolição de prática de tortura como técnica de interrogatório.

36. PRADO, Geraldo. Tutela contra a geolocalização contínua. In: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2020. v. 3. p. 61.

37. Em 1966, no caso *Miranda vs. U.S.*, a SCEUA, ao interpretar o alcance da quinta emenda em procedimentos de investigação criminal, *julgou* que toda pessoa acusada (em sentido amplo) tem o direito de ser cientificada de que pode permanecer em silêncio, assim como que possui o direito à defesa técnica. Isto, aliado ao fato de a quinta emenda estabelece em seu texto expressamente o termo “testemunha”, permite-nos compreender por que os



no julgado da RCL 2.040/DF, buscava-se a realização do exame de DNA *no material da vítima*, e não no material genético do sujeito a quem era imputada a autoria do estupro. Ainda que possamos pensar em um processo de revitimização da vítima em questão, seria impossível falarmos em infringência ao *nemo tenetur se detegere*.

Quando do julgamento do HC 168.052/SP (Min. Gilmar Mendes, DJe 20.10.20) – ao estabelecer os critérios de superação do precedente anterior sobre a matéria (HC 91.867/PA) e analisar especificamente se o *sigilo das comunicações* protegeria as conversas de *WhatsApp* armazenadas em dispositivo, à luz do direito à não autoincriminação e da *privacidade* –, o STF firmou seu entendimento no sentido de que o sigilo das comunicações diz respeito ao *fluxo* dos dados compartilhados entre as partes e não do armazenamento deles.

Desse modo, o vasculhamento de dados armazenados em dispositivo informacional – ainda que por meio do uso de nuvem e em situação de flagrância – culminaria em um excesso por parte da autoridade policial, não abarcado pelos critérios de legalidade, de sorte que se tem a descoberta por ilícita e todas as demais dela decorrentes, ilícitas por derivação. Assim como no caso do HC 91.867/PA, fugiu à análise do STF questões laterais relacionadas à *descoberta fortuita* de prova relacionada a *outro crime* que não o investigado no momento de realização do exame do *fluxo* de comunicações.

Em Questão de Ordem no IP 242/RJ, DJe 27.10.1994, o Min. Cezar Peluso analisou a questão do compartilhamento de *dados de informação* obtidos mediante a quebra de sigilo telefônico, entre procedimentos de investigação correlatos sobre o

---

americanos fazem a diferenciação entre o direito de permanecer em silêncio (e não produzir prova contra si mesmo) e a possibilidade de obrigação do acusado em colaborar com a feitura de provas que necessitem de sua participação (*p. ex.:* fornecimento de material datiloscópico, material genético, fotocópia e material grafotécnico), *sem* que isso represente uma infringência ao *privilege against self-incrimination* – já que a quinta emenda protege o acusado em relação especificamente à feitura forçada de prova oral. Algo parecido é observado em relação ao direito inglês, já que o § 4 da seção 35 do *Criminal Justice and Public Order Act 1994* também remete ao *privilege against self-incrimination* (no original: *this section does not render the accused compellable to give evidence on his own behalf, and he shall accordingly not be guilty of contempt of court by reason of a failure to do so.*); apresentando, todavia, uma concepção mais ampla em relação à não autoincriminação, ao estabelecer que “ninguém deverá ser compelido a produzir *prova* contra si mesmo”. Por essa razão, os ingleses compreendem que o acusado não é obrigado a colaborar com a feitura de provas invasivas (*intimate samples*), a exemplo da coleta de sangue, urina e saliva, que necessita de expressa autorização. Disponível em: [[www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/35](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/35)]. Acesso em: 21.09.2024; e em [[www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona](http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona)]. Acesso em: 21.09.2024.

mesmo fato, e o alcance interpretativo da proteção que é dada pelo art. 5º, XII, da CRFB/88, ao sigilo das comunicações,<sup>38</sup> asseverando o seu entendimento no sentido de que a proteção constitucional em questão assegura o respeito à intimidade do sujeito e estabelece como exceção à norma que essa intimidade poderá ser posta de lado, apenas em casos de persecução criminal. Isso não quer dizer que o dado obtido de maneira lícita por meio de uma quebra de sigilo telefônico, por exemplo, não poderá ser *usado* para subsidiar outras hipóteses fáticas aduzidas em outras investigações/ações penais.

Esse entendimento foi posteriormente reafirmado em diversos julgamentos e estendido para fins de investigação/prosseguimento de ações disciplinares conexas à ação donde foi quebrado inicialmente o sigilo, desde que asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa, *ressalvada, ainda, a impossibilidade de condenação do sujeito com base exclusivamente nos dados obtidos na primeira quebra de sigilo*, de modo a assegurar que os elementos de convicção do juízo devem ser ratificados na segunda ação<sup>39</sup>.

No que se refere ao STJ, no julgamento do HC 99.735/SC (Rel. Ministra Laurita Vaz), assentou-se o entendimento de que a prova obtida por meio de espelhamento do *web software* “WhatsApp Web” não pode ser admitida em nossa realidade jurídica, em razão de seu *caráter híbrido* – já que o investigador de polícia pode interagir e modificar o material observado – de maneira que a analogia em relação à prova obtida por meio de interceptação telefônica/telemática não é possível para a hipótese de espelhamento<sup>40</sup>. Esse raciocínio expõe uma preocupação interessante em relação à possibilidade de adulteração de material probatório por parte da autoridade que conduz a investigação e, por consequência, da fiabilidade do material que será valorado pelo juiz *a posteriori*<sup>41</sup>.

38. XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

39. SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O compartilhamento de dados obtidos por meio de interceptação telemática. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 315.

40. LIGUORI, Carlos. *Direito e criptografia: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica da tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 271.

41. O STJ, ao analisar o pedido de liminar do HC 738.928/RJ, reafirmou tais balizas. No caso concreto, discutia-se a liberdade de suposto autor de crime que teria sido reconhecido pelo Facebook (obtido pela autoridade policial depois que ela recuperou o produto do crime: um

Ao reforçar a importância da lisura da fase de coleta dos elementos de prova digitais, a Sexta Turma do STJ analisou *habeas corpus* em que o paciente, acusado de participação em um roubo, absolvido em primeiro grau, foi condenado em grau de apelação sob o argumento de que a prova oral colhida a partir das declarações de policiais indicava que mensagens de WhatsApp, as quais não foram apresentadas nos autos, denotaram sua participação. Na hipótese, o STJ concedeu a ordem de *habeas corpus* para cassar a condenação.<sup>42</sup>

Ao analisar a questão do *uso dos elementos de prova* obtidos em determinada ação penal no julgamento do RHC 52.209/RS, DJe 27.11.2014 (rel. Min. Jorge Mussi), o STJ assentou seu entendimento no sentido de que é possível o aproveitamento de tais dados em processo disciplinar *para fins de condenação*, já que não seria crível admitir que a quebra e a valoração dos dados obtidos sejam realizadas em uma ação penal, e que não sejam utilizadas em processo disciplinar (menos gravoso). *É admissível também a sua utilização em ação cível* (e. g., ação de improbidade administrativa) alicerçada em fatos substancialmente análogos.<sup>43</sup>

Quanto ao *compartilhamento de dados digitais* pelos órgãos oficiais sem a prévia autorização judicial, convém salientar que, no momento de redação deste texto, os Tribunais Superiores têm reafirmado o entendimento exarado pelo STF no julgamento do RE 1.055.941 (rel. Min. Dias Toffoli, DJe 28.11.2019), no sentido de que é permitido o compartilhamento de dados levantados pelo UIF, entre PF e Ministério Público, sem a prévia autorização judicial. Esse entendimento reafirma a orientação da jurisprudência brasileira no sentido de que tais dados são meros “*elementos informativos*” e não possuem, *per se*, caráter de prova.

De maneira geral, percebe-se uma inclinação dos Tribunais Superiores brasileiros no sentido de conferir para a prova digital, em termos de *fiabilidade e força epistêmica*, mais do que ela realmente é: apenas mais uma prova. Todavia, sejam os *dados digitais* obtidos por meio de *elementos informativos*, sejam eles oriundos de *elementos de prova* de processo correlato, o STF põe a salvo a obrigatoriedade da

---

celular), ou seja, a vítima só viu a fotografia do suspeito que a polícia mostrou para ela, isto é, não aconteceu o *show-up*. A vítima, ao ser apresentada ao suspeito presencialmente na delegacia, não o reconheceu. A despeito disso, a inexistência de regularidade do *show-up* foi considerada como o ponto crucial para que a prova de reconhecimento fosse invalidada, demonstrando uma vez mais que a mera utilização de prova digital (fotografia obtida em rede social) não se mostra suficiente para suplantar o procedimento de reconhecimento pessoal.

42. HC 723.664/PR, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 10.05.2022, DJe de 13.05.2022.

43. SALGADO, D.; e QUEIROZ, R. Op. cit., p. 319.

justificativa argumentativa que o *juízo* deverá exibir em relação ao alto grau de confirmação epistêmica da prova digital em relação aos fatos cuja ocorrência é por tal prova garantida. Proíbe-se, assim, a condenação de sujeitos baseada exclusivamente nesse tipo de prova.

#### 4. VALOR PROBATÓRIO DA PROVA DIGITAL E ACERTAMENTO DOS FATOS

Após a devida verificação da prova digital por meio da análise positiva de legitimidade do material resultado, processo de propositura, admissibilidade e feitura, como exposto, o *gestor da prova* passará para o momento de valoração probatória propriamente dito, onde deverá expor de forma argumentada os fundamentos utilizados na formulação de seus *juízos* acerca do accertamento dos fatos.

Tendo em vista as limitações próprias de um artigo, neste item, nossa exposição se concentrará apenas na valoração probatória de eventuais decisões terminativas e a demonstração que é devida pelo magistrado em relação às hipóteses fáticas *garantidas* por determinado argumento, corroborado por uma prova digital.

A linha de raciocínio exposta neste tópico parte do pressuposto de que o livre convencimento motivado *não* autoriza a formulação de *juízos* ligados à íntima convicção, no caso de decisões técnicas<sup>44</sup>; e que no modelo racional de prova a formulação de *juízos* pelos magistrados deverá atender à verificação (ou não) das hipóteses fáticas trazidas pelas partes aos autos, a fim de determinar o atingimento de elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade ou não de sua ocorrência<sup>45</sup>.

Partimos também do pressuposto de que o modelo de verificação de hipóteses ou de constatação que melhor se adequa à análise do uso argumentativo da linguagem jurídica é o toulminiano, já que este modelo se mostra capaz de reduzir, na máxima medida possível, o grau de discricionariedade do magistrado na tomada de decisão, pois oferece um referencial empírico identificável, de modo a possibilitar a comprovação e a refutação dos enunciados fáticos por meio das provas e contraprovas existentes no processo, fornecendo uma justificativa racional e sustentável do ponto de vista lógico-jurídico<sup>46</sup>.

Dentro do modelo de constatação, a avaliação probatória, que determinará a ocorrência das hipóteses fáticas narradas, deverá ser dividido em duas fases: a

44. Ou seja, a exceção dessa regra são os *juízos* formulados pelo Tribunal do Júri.

45. MELIM, Mafalda. *Standards de prova e grau de convicção do julgador*. *Revista de concorrência e regulação*, Coimbra: Almedina, ISSN 1647-5801, A. 4, n. 16, out.-dez. 2013. p. 148.

46. BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 135.

primeira diz respeito à análise de licitude das provas produzidas (fonte, meio de obtenção, elemento essencial e resultado); e a segunda se refere à investigação do apoio empírico que essas hipóteses fáticas encontrarão, em termos de correspondência, na atividade probatória desempenhada, isto é, o grau de corroboração existente entre determinada hipótese fática (em relação às demais) e a respectiva prova<sup>47</sup>.

Assim, para que uma determinada prova seja considerada pelo magistrado como de *alto valor*, é necessário que o seu grau de verificação em relação aos demais elementos probatórios do processo também seja alto. Em contrapartida, a prova poderá receber a etiqueta de *valor atenuado* caso não seja estabelecida a relação de verificação (ou de corroboração) entre ela e as demais provas existentes no caso.

Especificamente, quanto ao valor probatório atenuado da prova digital não verificável, Gustavo Badaró destaca que, mesmo antes da alteração realizada pelo “pacote anticrime” e a previsão da preservação da cadeia de custódia no nosso ordenamento jurídico, já era possível vislumbrar o que deveríamos compreender como procedimento para fins de garantia dos requisitos de admissibilidade das provas (comuns) na nossa realidade. Ao comentar este assunto, Antônio Santoro<sup>48</sup> ressalta que a redação do artigo 170 do CPP (crimes de vestígio) permanece inalterada, mesmo após as modificações que foram realizadas pelo “pacote anticrime”, com o seguinte texto: “nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a *eventualidade de nova perícia*. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos ou esquemas.” (g.n.)

Essa designação parece se encaixar no caso das provas digitais também, já que tais provas, não raras vezes, são realizadas em laboratório de informática, por um perito com formação técnica na área, em material de linguagem binária, que deixa rastro ou vestígio, se quisermos manter o signo escolhido pelo legislador. É o caso, por exemplo, de um dado digital destruído (deletado), cujo exame pericial visa reconstituir sua linguagem binária *originária*, a fim de obter sua constituição inicial (ou materialização). Esse procedimento é comum em informática para fins de recuperação de arquivos, justamente porque a constituição e a desconstituição de tais arquivos gravados em *hardware* ou em *software* deixam vestígios<sup>49</sup>.

---

47. PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios do direito processual brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 90-91.

48. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. In: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2020. v. 3. p. 298.

49. Justamente por isso a tecnologia avançou para a gravação de arquivos em SSD. cuja reconstituição do caminho é distinta em relação aos *hardwares* e *softwares*, já que a

Ainda que não tenhamos como escopo principal debater qual deveria ser o procedimento adotado pelos laboratórios de criminalística do país em relação às perícias em material informático, a reflexão que surge especificamente quanto à valoração desse material é a respeito da sua *eventual destruição* após o exame inicial. A esse respeito, Badaró<sup>50</sup> defende que “a quebra da cadeia de custódia por si só não gera a inadmissibilidade dessa prova”, ficando a cargo do magistrado, no momento de valoração da prova, *atenuar* o seu valor em relação à hipótese fática que ela visa a *garantir*<sup>51</sup>. Assim, caso determinado material seja destruído após a perícia, esse ato poderá tornar impossível a feitura de uma contraprova e a verificação dessa prova digital poderá ficar prejudicada.

Devemos ponderar também que os fatos que se originam de uma mesma investigação, chamados de “conhecimentos de investigação”, se *distinguem* daqueles que não possuem vínculo ou liame subjetivo delimitado entre a interceptação do dado (*suponhamos* que do fluxo de comunicação) e o fato inicialmente apurado, estes chamados de “conhecimentos fortuitos”. Os *conhecimentos de investigação* podem ser valorados tanto em relação ao investigado quanto aos eventuais terceiros atingidos pela investigação, mantendo-se o postulado de que, uma vez lícita, a produção de prova, lícita será a sua valoração.

---

gravação dos dados utiliza a corrente elétrica como “caneta”; ao revés da gravação mecânica em *platters* (leitura magnética). Sobre essa distinção, ver mais em: [olhardigital.com.br/2020/04/24/noticias/possivel-recuperar-dados-de-hds-e-ssds/]. Acesso em: 21.09.2024; [www.tecmundo.com.br/ssd/80203-6-coisas-alguem-ssd-nao-deve-fazer.htm]. Acesso em: 21.09.2024.

50. BADARÓ, G., 2021. Op. cit., p. 10.

51. Sem adentrar nos meandros da crítica feita por Antônio Santoro sobre o posicionamento de Badaró, convém salientar que – *aparentemente* – tal crítica omite o fato de que decisões judiciais são elaboradas a partir de *juízos* lógicos resultantes de uma exposição argumentativa e é, nesse contexto, que Badaró apresenta seu posicionamento. A imprecisão da crítica elaborada por Santoro aparece em determinados momentos do texto, especialmente quando utiliza o conceito de “persuasão” para descrever o contexto do exercício jurisdicional, dentre outros como “estado psicológico do juiz” e ausência de “disposição sobre a consequência para a validade ou valor dos elementos de prova” – como se isso precisasse estar positivado no CPP; e não se tratasse de uma consequência natural para a valoração de uma prova cujo valor não pudesse ser pleno, seja por qual motivo fosse. Em se tratando da defesa de uma teoria sobre nulidade das provas, baseada na *racionalidade* e na sustentação argumentativa de uma hipótese fática, isso não faz sequer sentido. Badaró escreve em um contexto teórico e Santoro escreve em outro. SANTORO, A. Op. cit., p. 307-308. Ver modelo de Toulmin em: TOULMIN, Stephen. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 159; também citado em: BADARÓ, G. Op. cit. (2019), p. 228-232.



Uma vez valoradas em contraditório, o seu compartilhamento com outra ação correlata deve ser compreendido como um empréstimo probatório, *desde* que respeitados os critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência brasileira a respeito das garantias individuais dos sujeitos atingidos por essa prova.

Os *conhecimentos fortuitos*, contudo, devem ter *status* de notícia de fato, a fim de atender à epistemologia garantista existente na lógica do direito processual penal brasileiro. Exatamente por ser ligada a um teor indiciário e *não ser constituída em contraditório*, seu valor probatório deverá ser *atenuado* no momento da tomada de decisão (valoração)<sup>52</sup>. Em outros termos, podemos dizer que o *conhecimento fortuito* da investigação penal x possui *status* de *prova indiciária* e, por via de consequência lógica, é impossível a condenação de um sujeito com base *exclusivamente* nesses dados, para a segunda ação penal y<sup>53</sup>.

Feitas nossas considerações acerca das hipóteses não verificáveis ou parcialmente verificáveis, que possuirão *valor atenuado* na equação racional que deve ser desempenhada na formulação de *juízo* pelo magistrado, passemos às nossas considerações acerca do uso do modelo de Stephen Toulmin, sua importância em termos epistemológicos, e como tal modelo poderia auxiliar o acerto dos fatos no *juízo* decisório, no caso das provas digitais.

A fim de compreender a proposta formulada por Toulmin, é preciso ter em perspectiva o compromisso assumido por ele diante daquilo que é o projeto epistemológico proposto em *Os usos do argumento*: a reorganização radical do uso do modelo lógico-dedutivo, enquanto ferramenta de análise de validade argumentativa. Segundo sua proposta, o uso da lógica-dedutiva expressa pelo silogismo aristotélico não serviria às áreas do conhecimento humano pautadas na *experiência* (onde estaria incluído o direito), já que neste tipo de campo a validade de um argumento necessitaria de “algo a mais” que enunciasse a sua própria *qualidade*, para além da relação de congruência das premissas enunciadas em relação ao objeto enunciado. Esse “algo a mais” seria a característica *substancial* de um argumento, que o qualificaria, de modo a alçá-lo à condição de válido e, portanto, passível de aceitabilidade geral<sup>54</sup>.

---

52. SALGADO, D. Op. cit., p. 331.

53. Já que o livre convencimento motivado determina para o magistrado que o seu *juízo* sobre o acerto dos fatos deverá ser argumentativamente fundamentado.

54. CANAVAN, Thomas, F. *Between Logic and Rhetoric: Toulmin's Theory of Argumentation*. Galway: University Press, 2012. p. 49-53.



Toulmin<sup>55</sup> expõe o problema do silogismo Bárbara<sup>56</sup> e do uso da lógica formal, baseada no silogismo aristotélico, a partir do seguinte exemplo *analítico*:

P1: Ana é uma das irmãs de João  
 P2: Todas as irmãs de João terão cabelo ruivo  
 ∴ Ana tem cabelo ruivo

Nesse exemplo, a conclusão lógica “Ana tem cabelo ruivo” *pressupõe* a aceitação da proposição 2 “Todas as irmãs de João terão cabelo ruivo” como válida e impositiva (em razão da presença do verbo *ter*), de modo que esse raciocínio representa uma tautologia, onde a conclusão não é inferida a partir dos enunciados propostos, pois já se encontra pressuposta na aceitação de um deles.

Se a P2 fosse modificada para um enunciado empiricamente baseado, *e.g.*, “Cada uma das irmãs de João possui cabelo ruivo e isso foi verificado individualmente”, a circularidade do raciocínio ainda seria impositiva e cada tentativa de ilustração da superação da tautologia do silogismo apenas reforçaria a ideia exposta por Toulmin, no sentido de que não é possível classificar a conclusão obtida por meio deste raciocínio como “argumento”, pois o seu conteúdo não é analítico, necessário ou formalmente válido<sup>57</sup>.

O modelo aristotélico só funciona de modo a fornecer conclusões válidas se as premissas forem alimentadas com os termos (ou funções lógicas) “todo”, “alguns”, “e”, “se” etc., de sorte que a maioria dos enunciados dados pela *experiência* não possuem essa qualidade e passam a requisitar um elemento externo para fins de validação do raciocínio, o que não é admissível seja pela tautologia, seja pela quebra das próprias regras de inferência lógica (a eliminação do universal ou do existencial não pode ser obtida a partir de uma presunção que não está posta na equação).

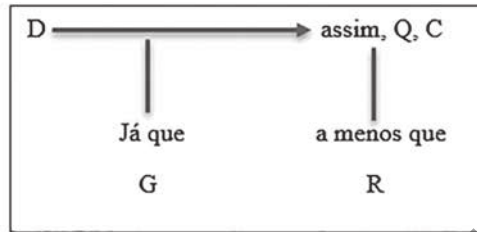
Para superar essa questão, Toulmin dirá que é necessário pensar em um outro modelo lógico (substantivo), que possibilite a verificação de dados externos ao próprio silogismo, ao mesmo tempo que *garantem* a sua ocorrência na realidade posta. Segundo sua proposta, a *garantia* de um argumento será *mais forte* ou *mais fraca*, conforme seu grau de confirmação/refutação (verificação e não verificação), de maneira que as proposições passarão a se submeter às regras da probabilidade e poderão ser classificadas em “necessárias”, “consistentes/inconsistentes”, “possíveis/impossíveis”, “prováveis/improváveis” e assim por diante, de acordo com o seu grau de confirmação.

55. TOULMIN, S. Op. cit., p. 155-163 e p. 216-217.

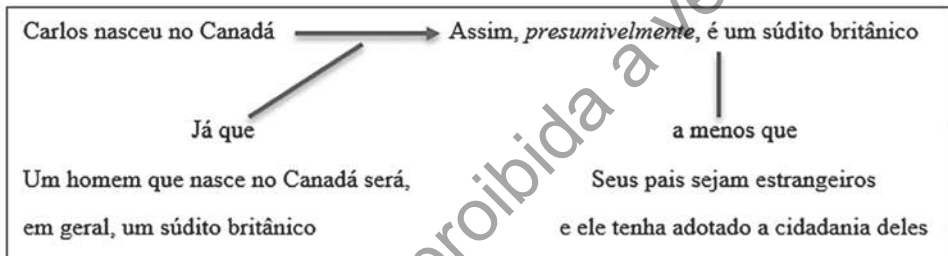
56. Todo homem é mortal, Sócrates é um homem, logo, Sócrates é mortal.

57. TOULMIN, S. Op. cit., p. 221.

Em termos de equação modal, a ideia é ilustrada da seguinte forma:  $(D) + (Q) - (R) = (C)$ ; onde (D) é o *dado* fornecido e que precisa ser testado; (Q) é o seu *qualificador modal*, ou seja, o dado posterior que o qualifica como *forte* ou *fraco*; (R) é o fator de *refutação*, ou seja, o dado que infirma ou contradiz o dado testado; e (C) é a conclusão obtida. Em termos didáticos, o *layout* do argumento fica assim definido<sup>58</sup>:



Em um exemplo prático, isto seria:



Fonte: elaborado pelos autores.

Há uma *regra geral jurídica* que se apresenta como *garantia* do argumento “Carlos é um súdito britânico”, que é aquela segundo a qual, “em geral, quem nasce no Canadá é um súdito britânico” porque o Canadá faz parte da Comunidade das Nações (*Commonwealth*) e seu chefe de Estado é o Rei Carlos III<sup>59</sup>, muito embora Justin Trudeau seja o atual primeiro-ministro e o Canadá goze de uma certa autonomia de governo. Essa regra geral, de acordo com Toulmin, pode ser expressamente prevista na legislação nacional ou internacional, pode ser uma regra advinda da tradição ou da experiência e pode (ou não) ser de conhecimento público<sup>60</sup>.

58. TOULMIN, S. Op. cit., p. 139-143 e p. 150-151.

59. TWOMEY, Anne. Changing the Rules of Succession to the Throne. *Sydney Law School Research Paper* No. 11/71, 2011. Disponível em: [ssrn.com/abstract=1943287]. Acesso em: 18.09.2024.

60. Cita-se, como exemplo, a pessoa leiga que é surpreendida com a determinação de abrir a carteira e mostrar que não furtou o dinheiro de ninguém e que responde “sou inocente até que se prove o contrário”. Há uma regra jurídica geral, conhecida pelo público, que afirma o princípio da não-culpabilidade em sociedades culturalmente democráticas e isso pode

No exemplo ilustrado supra a partir do *layout* de Toulmin, o que torna o argumento válido é a *presença* dessa *garantia* no raciocínio – *regra geral jurídica de cidadania* – e a *ausência* de um coeficiente de subtração (relativo à possibilidade de Carlos ser um cidadão de outro país por força de hereditariedade). Há, no raciocínio esboçado, uma dupla garantia de aceitabilidade do argumento (*presença* de G e *ausência* de R).

Pensando em um caso jurídico hipotético, a preferência de uso do *layout* Toulmin, em relação ao silogismo aristotélico, poderia ser ilustrada pelo seguinte:

P1: Ana morreu em razão de um corte profundo em sua jugular, causado por estilhaços.

P2: Segundo imagens de uma câmera de segurança, uma garrafa de vidro bate no poste localizado ao lado de Ana, segundos antes do momento em que ela põe a mão no pescoço e percebe o corte.

P3: Segundo imagens de outra câmera de segurança, um homem de barba, cabelos castanhos, compleição física avantajada, aproximadamente 1,80m de altura, que portava uma camisa do time Arsenal jogou uma garrafa similar àquela que aparecia batendo no poste localizado próximo de Ana.

P4: Segundo imagens de uma terceira câmera de segurança localizada no metrô, um homem com as mesmas características físicas daquele e que portava a camisa do Arsenal foi identificado como Bruno.

C: Bruno arremessou a garrafa que matou Ana.

O raciocínio esboçado supra, apesar de possuir quatro proposições distintas, está ligado ao silogismo aristotélico (Premissa maior + premissa menor = conclusão) e nos conduz a um resultado que não é analítico, porque não é possível afirmar com segurança (apoio, garantia) que a garrafa atirada por Bruno foi – necessariamente, possivelmente ou muito provavelmente – a mesma garrafa que acertou o poste e cujos estilhaços acertaram Ana. Se faz indispensável, para fins de formulação de uma conclusão analítica, portanto, um argumento válido, que outros dados sejam dispostos no raciocínio.

Por exemplo, consideremos as mesmas proposições delimitadas supra (P1, P2, P3 e P4), acrescidas do seguinte:

D1: Os estilhaços de vidro encontrados no pescoço de Ana tinham a composição compatível com o *vidro extra-clear*.<sup>61</sup>

---

ser enunciado por qualquer um, mesmo que essa pessoa não detenha formação técnica ou até mesmo capacidade para formulação de um enunciado principiológico mais complexo. Ver mais em: TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard e JANIK, Allan. *An introduction to reasoning*. Nova Iorque: Macmillan Publishing Company, 1984. p. 281-282.

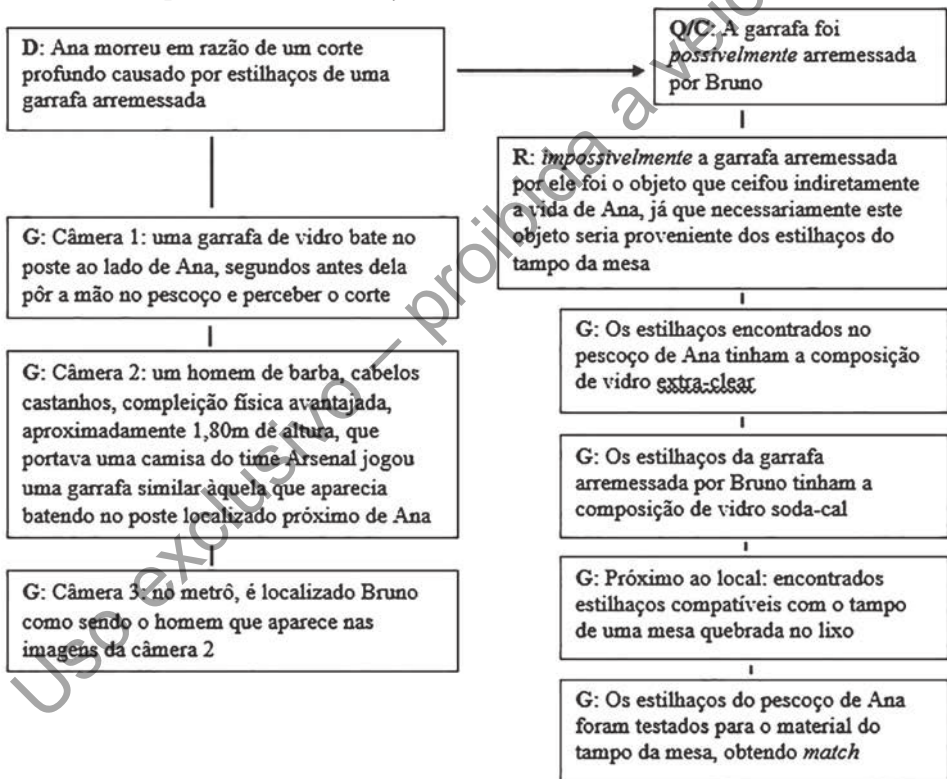
61. Leva menos dióxido de ferro em sua composição, dando uma aparência mais transparente. É compatível com o vidro utilizado em janelas, sacadas, tampos de mesa etc.

D2: Os estilhaços da garrafa arremessada por Bruno tinham a composição compatível com o *vidro soda-cal*.<sup>62</sup>

D3: Próximo ao local dos acontecimentos foram encontrados estilhaços de vidro transparente, compatíveis com o tampo de uma mesa quebrada que estava no lixo.

D4: Os estilhaços do pescoço de Ana foram testados em exame de compatibilidade em relação ao material do tampo da mesa que estava quebrada, obtendo *match*.

Tendo em vista a presença de tais dados, a defesa de Bruno então passa a alegar que *impossivelmente* a garrafa arremessada por ele foi o objeto que ceifou indiretamente a vida de Ana, já que *necessariamente* este objeto seria proveniente dos estilhaços do tampo da mesa (R). O *layout* resumido do caso fica assim ilustrado:



Fonte: elaborado pelos autores.

62. Compatível com o material utilizado em garrafas, copos e outros utensílios de armazenamento líquido comum.

O argumento “a garrafa foi *possivelmente* arremessada por Bruno”, analisado a partir do *layout*, não passa no teste de refutação que é proposto pela proposição “*impossivelmente* o objeto que ceifou a vida de Ana foi aquele arremessado por Bruno”, já que esse enunciado está garantido por três dados externos e independentes da própria proposição.

O argumento necessário, ou melhor dizendo, o *juízo* passa a ser algo que poderia ser descrito da seguinte forma: o objeto arremessado por Bruno, apesar de próximo ao local dos fatos e potencialmente lesivo à vítima, não foi o objeto que ceifou a vida de Ana, pois o exame pericial realizado nos estilhaços de ambos os materiais (do pescoço e da garrafa) não indicam compatibilidade. Ana provavelmente foi morta por uma terceira pessoa que arremessou um pedaço de vidro retirado do lixo, compatível com uma mesa quebrada que havia no local.

No caso hipotético tratado anteriormente, o agente do delito teria sido reconhecido por meio de uma confluência de provas digitais (imagens de câmeras) que, consideradas em conjunto, poderiam nos levar ao raciocínio inválido de que aquela pessoa era a *possível* responsável pelo resultado morte da vítima. Todavia, quando sobreposta aos demais elementos de prova produzidos, a prova digital produzida no nosso exemplo revela apenas uma coisa: Bruno estava no local do fato e atirou uma garrafa que bateu no poste próximo à vítima Ana, em instantes que antecederam a sua morte. Disso, contudo, não é possível inferir que Bruno era o *possivelmente* responsável pelo crime.

É desse modo que a prova digital deve ser analisada em um caso concreto. Com efeito, não é a *natureza em si* da prova (nesse caso, digital) que determina se a *conclusão* obtida na formulação do *juízo* é *mais provavelmente verdadeira* ou *mais aproximada do conhecimento sobre a verdade*. É, ao invés disso, a *resistência permanente* de um *dado inicial* (hipótese fática) diante dos qualificadores modais e de refutação. A respeito disso, Jordi Ferrer Beltrán afirma que um enunciado será verdadeiro quando dispuser de elementos de *juízo* suficientes a favor de sua proposição (dado) e será falso quando não dispuser de elementos de *juízo* a seu favor ou quando dispuser de elementos *insuficientes* em termos de viés confirmatório<sup>63</sup>.

A *verificação* de uma prova digital e a sua *não verificação* estão ligadas, portanto, ao *juízo lógico-jurídico* deduzido no curso da tomada de decisão, a partir dos *dados* apresentados no curso do processo, que confirmam, refutam ou confirmam parcialmente a *provável* ocorrência da hipótese por ela *garantida*.

---

63. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 38-39.

## 5. CONCLUSÃO

Não existe um padrão definido pela informática para fins de coleta, cópia, exame e análise dos dados digitais apreendidos, mas há um conjunto de procedimentos testados que são aceitos e tidos como suficientes à garantia da integridade e fiabilidade dos dados e, portanto, da prova obtida por meio deles (*best practicies*)<sup>64</sup>. Isso quer dizer que é a *regra da experiência* – nesse caso da área de informática – que definirá o que será aceito ou não pela comunidade jurídica como procedimento apto para fins de apreensão e busca de (e em) dados digitais.

Eis que, em razão da necessidade de participação de um *expert* para a feitura e interpretação dos dados, Pierpaolo Rivello<sup>65</sup> afirma que a prova tecnológica é um tipo de prova que podemos considerar como “científica”<sup>66</sup> e que, portanto, atrai para si todos os tipos de problemas já conhecidos pela doutrina em relação às provas científicas, a exemplo de uma inversão dos valores<sup>67</sup> em jogo no processo penal e a caracterização de um *juízo a priori* de *certeza* quanto a ocorrência das hipóteses fáticas que se sustentam nela, tão somente por ela ser uma prova cujo resultado fora obtido de maneira científica.

Esse conjunto de peculiaridades torna a prova digital uma espécie de prova extremamente delicada, que deverá ser proposta, admitida, feita, validada e valorada de maneira criteriosa pelos envolvidos na atividade processual e jurisdicional.

A possibilidade de verificação da fiabilidade da *prova digital* por meio de exame à (1) cadeia de custódia, (2) do minucioso relatório de coleta, extração e análise dos dados, entre outros *dados* do processo que possam conferir-lhe a *força epistêmica* em relação às hipóteses fáticas, que são sustentadas com base nela, *seja pela acusação, seja pela defesa*, determinará, ao final, o atingimento ou não do *alto grau* ou *altíssimo grau de verificação e corroboração* de sua tese. Em outras palavras,

---

64. BADARÓ, Gustavo. *Cadeia de custódia da prova digital*. Artigo elaborado para apresentação de palestra, como mesmo tema, no Congresso Internacional de Direito Probatório, realizado nos dias 18 e 19 de novembro de 2021, em Porto Alegre-RS, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pela Universidade Alberto Hurtado, com apoio do IBDP e da Procnet, p. 04.

65. RIVELLO, Pierpaolo. Dimensione tecnologia e indagini del difensore. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZI, Giovanni (Coord.). *Dimensione tecnologica e prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 123-138.

66. Por ser uma espécie de prova que conta – *em geral* – com a participação de um *expert* para a sua obtenção, filtragem e exame inicial.

67. De modo a colocar de lado a regra da presunção de inocência e o *juízo de dúvida*, que é tradicionalmente ligado ao processo penal.



a verificabilidade da prova digital em relação aos demais dados do processo poderá determinar o atingimento do *standard* probatório penal.

Assim, são dois os problemas principais apresentados pela prova digital. Em primeiro lugar, a questão da confiança exacerbada em provas técnicas e científicas como infalíveis – fato que atrai para casos concretos (a exemplo do Caso Shelly<sup>68</sup>) o uso desse tipo de prova como *argumento de autoridade* –, ao invés de ser apenas mais um *argumento* na equação modal que deverá ser levada em consideração pelo *juízo* na tomada de decisão. Em segundo, o risco de admissão de *bad science* como nova ciência, encoberta pela subversão da máxima kuhniiana de superação de paradigmas científicos obsoletos por novos paradigmas e a invocação disso pelas partes envolvidas na ação, tanto na acusação como na defesa, *e. g.*, a partir de uma investigação defensiva.

O problema do *alto valor probatório* que é atribuído para as provas produzidas por *experts* é algo que já fora explorado por Susan Haack<sup>69</sup> em relação às soluções que são dadas pelo sistema norte-americano em relação a esse tipo de prova e o uso da *regra Frye* e do *critério de Daubert* que, *respectivamente*, afirmam que um *novo* testemunho científico somente será aceito no processo se o seu conteúdo for

---

68. Sally foi acusada de ter cometido infanticídio em relação aos seus dois filhos, em razão do depoimento do médico responsável pelo exame de necrópsia dos bebês que – a partir da premissa equivocada – afirmou que não seria *crível* que os bebês tivessem morrido de causas naturais relacionadas a uma síndrome rara, logo a morte somente poderia ser consequência de uma situação provocada. Leila Schneps e Coralie Colmez, no livro “A Matemática nos Tribunais: Uso e Abuso dos Números em Julgamentos”, descrevem vários outros julgamentos onde o uso equivocado da matemática culminou em decisões judiciais falaciosamente justificadas, o mais famoso deles, o *Caso Dreyfus*, também já fora objeto de análise por parte de outros autores – como Ruy Barbosa, Émile Zola e Louis Begley –; por sua vez, Susan Haack descreve um fenômeno parecido com o fenômeno apresentado por Rivello, chamado de *Faggot fallacy*: onde uma denúncia baseada em “muitas provas” conduz o juízo da decisão no sentido de que o argumento fornecido pela acusação é forte porque volumoso, ou seja, uma conclusão obtida por equação proposicional de dedução simples baseada em premissa maior falaciosa. Ver mais em: SCHNEPS, Leila e COLMEZ, Coralie. *A Matemática nos Tribunais: Uso e Abuso dos Números em Julgamentos*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro, Editora Zahar, 2014; BARBOSA, Ruy. *O processo do Capitão Dreyfus*. Editora Montecristo, 2017; ZOLA, Émile. *J'accuse*. Paris. *Jornal LAurore*, 1898; BEGLEY, Louis. *O Caso Dreyfus: Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história*. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Cia das Letras, 2009; HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia ao direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Trad. André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015. p. 213-214.

69. HAACK, Susan. *Op. cit.*, p. 166-170.



amplamente aceito no campo ao qual ele pertence e que os tribunais deverão levar em consideração a metodologia utilizada por um *expert*, apresentada por seu testemunho, e não as suas conclusões, de maneira a considerar os fatores de falseabilidade, índices de erros conhecidos e potenciais, avaliação e publicação por pares e aceitação geral na comunidade científica.

A despeito da aparente relação de complementariedade que a regra *Frye* e o critério de *Daubert* representam entre si, Haack explora o fato de que, em uma sociedade de cada vez mais tecnológica, é altíssimo o grau de confiabilidade dos *testemunhos científicos*, sendo que o resultado de uma análise conduzida por um *expert*, assim como qualquer produto oriundo da atividade humana, é passível de erros. A fim de expor a problemática em questão, Haack apresenta como a modificação do conceito de DNA influenciou, ao longo dos anos, as decisões americanas *baseadas em testemunhos científicos* que atestavam (ou não) a equivalência dos materiais coletados e analisados, e a relação disso como *garantia* de hipóteses-fáticas relacionadas ao argumento de equivalência para considerar a pessoa do imputado como o verdadeiro autor do crime.

Conforme adverte Haack, não é porque uma prova é produzida por meio de uma metodologia cientificamente testada que ela deve ser considerada como científica, já que uma prova produzida com o uso de metodologia conhecida e aceita pela ciência pode ser apenas uma prova técnica. Em todo caso, ela não será *infallível*, porque nem mesmo a prova de DNA o é.

Aliado a isto, Teresa Armenta Deu<sup>70</sup> afirma que o reconhecimento da validade das provas eletrônicas apenas atesta que o seu conteúdo é fidedigno/autêntico, fato que deve ser levado em consideração pelo *juízo* em conformidade com o todo emergente do resultado probatório. Ou seja, o fato de a *prova* ter a sua *legitimidade* reconhecida apenas a habilita para a fase de verificação (constatação), mas não determina o peso probatório que aquela prova terá diante das demais, que deverão ser concomitantes e complementares em termos de corroboração<sup>71</sup>.

Uma vez declarada válida – *porque realizada em conformidade com as exigências mínimas de legalidade* –, a prova eletrônica é *apenas mais uma prova nos autos*, não se trata de uma melhor prova em relação às demais e deverá ser ponderada, refutada

70. ARMENTA DEU, Teresa. Algunas consideraciones sobre la valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): perspectivas española y eu-ropea. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZI, Giovanni (Coord.). *Dimensio-ne tecnologica e prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 77-79.

71. NASCIMENTO, Bárbara. Op. cit., p. 111-126.

e confirmada, para que possa adquirir *status* de *garantia forte* de determinado argumento hipotético em relação às outras provas apresentadas no caso concreto.

A *força dos argumentos* da *prova digital verificável e não verificável*, que funciona como uma *garantia* para a verificação *provável* – em sentido probabilístico – da hipótese fática à qual se encontra ligada e sua relação com o atingimento do *standard de prova* penal, em altíssimo grau de probabilidade de verificação, será submetida ao teste de verificação lógica que, em nossa interpretação, deve ser aquele que fora desenhado por Stephen Toulmin. A *garantia do argumento* será mais *forte* quanto maior for a sua resistência em relação às variantes operacionais da equação inferencial que o juiz deve realizar para formular o seu *juízo* sobre o acerto dos fatos<sup>72</sup>.

Se a prova eletrônica tem a sua *fiabilidade* questionada, testada e reafirmada no curso do processo, ela deve então ser levada em consideração pelo *juízo* como *mais um elemento de prova*, dependente de outros elementos de refutação ou corroboração, a fim de estabelecer-se em sua própria resistência e determinar a verificação das hipóteses por ela sustentada. O contrário implicará *necessariamente* o não atingimento do *standard* probatório penal e, por via da regra, de decisão do *in dubio pro reo*, na absolvição do acusado.

Portanto, a despeito das esperanças depositadas pela comunidade jurídica na *prova digital* – no sentido de alcançarmos finalmente a “rainha das provas” –, tal qual verificamos ao longo da história em relação à confissão, ao testemunho e ao perfilamento de DNA, a prova digital não eximirá o ser humano da tomada de decisão, pois a sua *fiabilidade* não é absoluta.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, Stephen. Enforcing criminal jurisdiction in the clouds and international law's enduring commitment to territoriality. In: ALLEN, Stephen; COSTELLOE, Daniel; FITZMAURICE, Malgosia; GRAGL, Paul; GUNTRIP, Edward (Eds.). *The Oxford handbook of jurisdiction in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 371-412. Disponível em: [doi.org/10.1093/law/9780198786146.003.0016].

ARMENTA DEU, Teresa. Algunas consideraciones sobre la valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, Whatsapp, redes sociales): perspectivas española y eu-ropea. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZI, Giovanni (Coord.). *Dimensio-ne tecnologica e prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 55-75. Disponível em: [dx.doi.org/10.7238/issn.1699-8154].

---

72. BADARÓ, G. Op. cit. (2019), p. 243.

- BADARÓ, Gustavo. *Cadeia de custódia da prova digital*. Artigo elaborado para apresentação de palestra, como mesmo tema, no Congresso Internacional de Direito Probatório, realizado nos dias 18 e 19 de novembro de 2021, em Porto Alegre-RS, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pela Universidade Alberto Hurtado, com apoio do IBDP e da Procnet.
- BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 4(1), p. 43-80. 2018. Disponível em: [doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138].
- BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BARBOSA, Ruy. *O processo do Capitão Dreyfus*. Editora Montecristo, 2017. SKU: 978161965122-7.
- BEGLEY, Louis. *O Caso Dreyfus: Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história*. Trad. Laura Teixeira. São Paulo: Cia das Letras, 2009.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Valoração racional da prova*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- CANAVAN, Thomas, F. *Between Logic and Rhetoric: Toulmin’s Theory of Argumentation*. Galway: University Press, 2012.
- CARLIZZI, Gaetano. La prova tecnologia nel processo penal. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZI, Giovanni (Coord.). *Dimensione tecnologica e prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 77-95.
- DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, 2011.
- DOMINGOS, Fernanda Teixeira Souza; SILVA, Melissa Garcia Blagitz de Abreu; e OLIVEIRA, Neide Mara Cavalcanti Cardoso de. Transferência internacional de dados para fins de investigações criminais à luz das leis de proteção e dados pessoais. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2021. v. 4. p. 130-155.
- HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia ao direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Trad. André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- KELSEN, Hans. Legal Technique in international law. *Geneva Studies*, v. X, n. 06, Dec. 1939.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KIRCHER, Luís Felipe Schneider. A valoração da prova pericial no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 153, p. 133-169, março 2019.

- KOCHEM, Ronaldo. *Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa*. Londrina: Thoth, 2021.
- LIGUORI, Carlos. *Direito e criptografia: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica da tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MARAFIOTI, Luca. Prueba digital y proceso penal. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 11, p. 1904-1912, nov. 2012.
- MATIDA, Janaína; e HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Epistemologias críticas do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. *Revista de concorrência e regulação*, Coimbra: Almedina, ISSN 1647-5801, a. 4, n. 16, out.-dez. 2013.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BARBOSA, Daniel Marchionatti. Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 477-502.
- NASCIMENTO, Bárbara Luiza Coutinho do. Provas digitais obtidas em fontes abertas na internet: conceituação, riscos e oportunidades. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et. al. (Coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 111-126.
- PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios do direito processual brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2024.
- PRADO, Geraldo. Tutela contra a geolocalização contínua. In: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2020. v. 3. p. 56-77.
- RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2019.
- RIVELLO, Pierpaolo. Dimensione tecnologia e indagani del difensore. In: LUPÁRIA, Luca; MARAFIOTI, Luca; PAOLOZI, Giovanni (Coord.). *Dimensione tecnologica e prova penale*. Torino: G. Giappichelli, 2019. p. 123-138.
- SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. O compartilhamento de dados obtidos por meio de interceptação telemática. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luís Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coord.). *Altos estudos sobre a prova no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 305-333.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A cadeia de custódia na interceptação telefônica. In: BRITO CRUZ, Francisco; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*. São Paulo: InternetLab, 2020. v. 3. p. 290-325.

- SCHNEPS, Leila e COLMEZ, Coralie. *A Matemática nos Tribunais: Uso e Abuso dos Números em Julgamentos*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard e JANIK, Allan. *An introduction to reasoning*. Nova Iorque: Macmillian Publishing Company, 1984.
- TWOMEY, Anne. *Changing the Rules of Succession to the Throne*, Sydney Law School Research Paper No. 11/71, 2011. Disponível em: [ssrn.com/abstract=1943287]. Acesso em: 18.09.2024.
- VAZ, Denise Provasi. *Provas Digitais no processo penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALI, Dennys (Eds.). *Direitos Fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, 2018. v. I. p. 64-99.
- ZOLA, Émile. J'accuse. Paris. *Jornal L'Aurore*, 1898.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Digital; Constitucional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Admissibilidade das provas digitais: o que se faz na nuvem; fica na nuvem, de Fernanda Antunes Marques Junqueira e Flávio da Costa Higa – *RDT* 229/75-95;
- *Blockchain* como prova digital no Código de Processo Civil de 2015, de Delosmar Domingos de Mendonça Neto e Felipe de Figueiredo Silva – *RAED* 5;
- Dados e metadados, provas e metaprovas: as provas sobre as provas digitais, de Oscar Valente Cardoso – *RD Tec* 21;
- Parecer: investigação criminal digital e processo penal, de Geraldo Prado – *RBCCrim* 199/315-350; e
- Perspectivas sobre a prova em vídeo na era digital, de Francisco Silveira de Aguiar Neto – *RD Priv* 121/275-295.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# PROVA DOCUMENTAL: É POSSÍVEL DOCUMENTAR A REALIDADE?

## DOCUMENTARY PROOF: IS IT POSSIBLE TO DOCUMENT REALITY?

MARIA EDUARDA ARNAU RODRIGUES

Mestranda em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), bolsista CAPES.  
arnau.eduarda@gmail.com

Recebido em: 01.07.2024  
Aprovado em: 16.08.2024

### ÁREA DO DIREITO: Processual

**RESUMO:** O ditado "O papel aceita tudo" frequentemente é usado para expressar a suscetibilidade e vulnerabilidade à manipulação de documentos escritos. Embora o autor dessa frase seja desconhecido, sugere-se que poderia ser um estudioso do direito probatório. A relação processual, seja civil ou penal, decorre de uma relação fática prevista no ordenamento jurídico, como inadimplência, danos, crimes ou não pagamento de tributos. A complexidade enfrentada pelo jurista é compreender não apenas as questões jurídicas, mas, antes disso, as questões concretas. No processo, as alegações de fatos são comprovadas por meio de provas, sendo a prova documental pioneira. Este estudo busca explorar a origem da discussão sobre a prova documental, a evolução social dessas ideias e questiona se a prova documental, por si só, representa a realidade sem análise além dos aspectos formais. O caminho especulativo adotado busca apresentar uma solução no raciocínio probatório, destacando a inseparabilidade do contexto com o documento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova Documental – Raciocínio Probatório – Interpretação – Signos.

**ABSTRACT:** The saying "Paper accepts everything" is often used to express the susceptibility and vulnerability to the manipulation of written documents. Although the author of this phrase is unknown, it is suggested that it could have been a scholar of evidentiary law. The procedural relationship, whether civil or criminal, arises from a factual relationship provided for in the legal system, such as default, damages, crimes, or non-payment of taxes. The complexity faced by the jurist is to understand not only the legal issues but, before that, the concrete issues. In the process, factual allegations are proven through evidence, with documentary evidence being the pioneer. This study seeks to explore the origin of the discussion on documentary evidence, the social evolution of these ideas, and questions whether documentary evidence, by itself, represents reality without analysis beyond formal aspects. The speculative path adopted aims to present a solution in evidentiary reasoning, highlighting the inseparability of the context from the document.

**KEYWORDS:** Documentary Proof – Probative Reasoning – Interpretation – Signs.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A noção sobre prova documental: o nascimento da discussão sobre prova documental e as suas influências. 2.1. A evolução social e a necessária alteração da concepção tradicional. 3. Documentos sem correspondência à realidade: a busca da solução na completude do raciocínio probatório. 4. Considerações finais. 5. Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

O papel aceita tudo. Costumeiramente, utiliza-se dessa máxima para transmitir a ideia de que documentos, principalmente escritos, são suscetíveis e vulneráveis à manipulação. O autor dessa frase nos é desconhecido, mas poderíamos sugerir que se tratava de um estudioso do direito probatório. Isso porque na seara probatória, principalmente aquela que caminha pela epistemologia, almeja-se, em regra, conhecer o método do conhecimento.

Em outras palavras, acredita-se na hipótese fática somente após a averiguação da confiabilidade do meio pelo qual se comprova aquela hipótese, além da análise do suporte que fornece à justificação da hipótese.

Pode-se afirmar que a relação processual é resultado de uma primeira relação fática, isto é, alguém deixou de pagar outrem; alguém causou danos materiais ou morais a alguém; alguém supostamente praticou um crime; alguém supostamente não pagou o tributo, entre outros exemplos.

O que se busca dizer é que, necessariamente, a relação processual, seja civil ou penal, é fruto de uma relação fática que, por outras razões, está tutelada de alguma forma no ordenamento jurídico. À vista disso, a problemática que chega ao jurista não é somente entender as questões jurídicas que envolvem aqueles problemas, mas, em conjunto, entender as questões concretas que circundam a possível lide.

Dentro do processo, em regra, tais alegações dos fatos são comprovadas – ou busca-se comprovar – por meio de provas e, entre as espécies possíveis, encontra-se a prova documental como a pioneira na origem. Costumeiramente, a prova documental é trazida ao do processo sem que haja uma preocupação com seu mérito, mas apenas com sua forma.

Em resumo, o Código de Processo Civil possui previsões legais voltadas a afastar a falsidade da prova documental dos autos ou provas documentais intempestivas, mas pouco se diz sobre a análise da prova documental quanto ao seu aspecto material. Não se pensa em interpretar o documento, apenas verificar se é autêntico (quem produziu) ou tempestivo.

Ocorre que tal cenário é fruto de uma doutrina processual que hoje não consegue dialogar com as novas problemáticas que surgem. As evoluções no âmbito da tecnologia e da linguística promoveram a necessidade de uma nova visão aos documentos. Não é suficiente pensar apenas se a prova documental é verdadeira, tempestiva e autêntica, é preciso analisar, respaldado no raciocínio probatório, qual grau aquela espécie probatória atinge para a comprovação da hipótese fática.

Por isso, buscar-se-á no presente estudo percorrer o seguinte caminho especulativo, a partir do método bibliográfico: em um primeiro momento, demonstrar a

origem da discussão sobre a prova documental e a evolução social que tornou necessária a transformação ou acréscimos das ideias embrionárias, e, em um segundo momento, averiguar a inexistência da separação do contexto com o documento e, com isso, por fim, buscar apresentar uma possível solução no raciocínio probatório. O caminho percorrido terá como fim responder se a prova documental, por si só, é capaz de representar a realidade e não carece de uma análise para além dos aspectos formais.

## 2. A NOÇÃO SOBRE PROVA DOCUMENTAL: O NASCIMENTO DA DISCUSSÃO SOBRE PROVA DOCUMENTAL E AS SUAS INFLUÊNCIAS

Entre outros assuntos da processualista clássica, as teorias sobre prova documental, que tocam até hoje a doutrina contemporânea, surgiram com as obras de Francesco Carnelutti e Giuseppe Chiovenda. Ambos os autores estavam no auge de suas produções doutrinárias em meados da primeira metade do século XX, quando, por exemplo, se popularizava a fotografia por meio do lançamento da Leica I em 1925.<sup>1</sup>

A referência à popularização da fotografia é para que seja possível visualizar o período em que a doutrina inicial desenvolveu os trabalhos sobre a prova documental: em uma sociedade com limitação tecnológica nos meios de (re)produção de imagem, escrita e áudio. Ou seja, uma sociedade com limitação na representação de situações fáticas possíveis.

O que se tinha como “documento” era a noção de um papel escrito. Inclusive, Carnelutti entendia que a relação entre documento e papel era sinônima<sup>2</sup> e, reforçando esse pensamento, Chiovenda definiu documento como “qualquer representação material destinada e idônea a reproduzir uma dada manifestação de pensamento”.<sup>3</sup> Assim, entendia-se que o documento possuía o condão de substituir a percepção do intérprete/visualizador. Ou seja, bastava ler aquele documento para que fosse possível conhecer e ter como provada a hipótese fática, claro que se superadas as questões da admissibilidade da prova.

1. DE PAULA RAMOS, Vitor. Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 30.
2. CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Funzione e Composizione del Processo. Padova: CEDAM, 1936. v. I. p. 692-693.
3. CHIOVENDA, Giuseppe. [1872-1937]. *Principii di Diritto Processuale Civile*. [1906]. 3. ed. [1923]. Napoli: Jovene, 1965. p. 842.

Entendia-se que existiam dois tipos centrais de representação da realidade: real (objetiva) e pessoal (subjetiva). Nesta, situava-se a prova testemunhal, naquela, a prova documental.<sup>4</sup> A ideia central era de que o documento possibilitava ao visualizador captar ou perceber o fato representado, como se o intérprete do documento nem sequer necessitasse de um aporte mental próprio, isto é, um raciocínio individual. Nesse sentido, afirmava Carnelutti que “o homem opera em ausência do fato a representar produzindo diretamente o próprio efeito”<sup>5</sup>.

E, assim sendo, processualmente o magistrado não teria a tarefa de interpretar, pois o documento seria suficiente para transmitir a realidade que documentou. Nesse sentido, chegou-se a afirmar que o juiz não poderia apreciar “de acordo com as circunstâncias a força probatória de um ato público”,<sup>6</sup> justamente pela excessiva confiança que se tinha em provas documentais e, mais ainda, provas documentais públicas.

O grande problema não está no desenvolvimento inicial das ideias sobre prova documental e algumas limitações que pouco ajudam no bom decorrer da relação processual em nossos dias. O perigo está na influência que ainda fazem e que não se encaixam com o contexto social que vivemos.

No Brasil, a legislação processual se preocupa com a admissibilidade da prova documental especificamente em relação à tempestividade<sup>7</sup>, falsidade material<sup>8</sup> e

- 
4. CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 141.
  5. CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *Op. cit.*, p. 150.
  6. CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 46.
  7. Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações. Parágrafo único. Quando o documento consistir em reprodução cinematográfica ou fonográfica, a parte deverá trazê-lo nos termos do caput, mas sua exposição será realizada em audiência, intimando-se previamente as partes. Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.
  8. Art. 427. Cessa a fé do documento público ou particular sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade. Parágrafo único. A falsidade consiste em: I – formar documento não verdadeiro; II – alterar documento verdadeiro.

autenticidade,<sup>9</sup> claro que se entendendo às outras espécies de provas documentais.<sup>10</sup> As regras processuais disciplinam situações de uma mutabilidade do documento original ou de uma falsidade quanto à autoria do documento.

Percebe-se, portanto, que qualquer impugnação à prova documental nos autos não passará de um contraditório ligado à forma, isto é, ao momento que juntado nos autos (tempestividade), à materialidade daquela prova (falsidade material) ou à falsa autenticidade. Sendo assim, não se discutirá nada em relação ao que o documento busca “transmitir”, mas somente se ele pode ser, formalmente, considerado nos autos.

Pode-se dizer que é uma grande herança da doutrina clássica essa noção de que o documento é “equivalente sensível” e que não se necessita discutir ou interpretar o que há no documento. A grande percepção que paira, tanto dentro do processo quanto pela sociedade, é que a prova documental é suficiente para revelar e demonstrar o que aconteceu na realidade fática.

Inclusive, encontra-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decisões fundamentadas e baseadas em provas documentais que supostamente foram suficientes simplesmente por serem provas documentais e que revelaram ao julgador o que ocorreu no contexto fático.<sup>11</sup> Ou seja, fica evidente que a doutrina clássica ainda produz uma influência no modo de tratamento das provas documentais que, aos nossos dias, mostram-se insuficientes, seja pelas inúmeras possibilidades tecnológicas, seja pela mutabilidade interpretativa.

Neste primeiro tópico, buscou-se demonstrar a origem das teorias sobre prova documental e a influência que até hoje produz efeitos na doutrina e na legislação processual. Ainda, referiu-se às previsões legislativas sobre prova documental que ainda possuem uma preocupação com aspectos formais do documento. Por fim, referiu-se que a ideia de que a prova documental revela por si o contexto fático ainda segue vigente em decisões judiciais.

---

9. Art. 411. Considera-se autêntico o documento quando: I – o tabelião reconhecer a firma do signatário; II – a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei; III – não houver impugnação da parte contra quem foi produzido o documento. Art. 412. O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.

10. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 48.

11. Apelação Cível 50051829620218212001, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Eugênio Facchini Neto, j. 05.09.2023; Apelação Criminal 50004378520178210070, Terceira Turma Cível – Nono Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Maria de Lourdes G. Braccini de Gonzalez, j. 24.08.2023.

Portanto, é possível preliminarmente concluir que (i) a doutrina clássica encontrava-se preocupada com aspectos formais da prova documental em razão da limitação tecnológica que vivia; (ii) a influência da doutrina clássica resultou em previsões legislativas preocupadas com aspectos formais da prova documental, sem direcionar o olhar para o conteúdo do documento em si; (iii) a preocupação com a forma e veracidade do documento não é suficiente para solucionar o problema maior: a prova documental consegue, realmente, ser suficiente para o conhecimento do contexto fático?

Disso, a fim de dar continuidade ao estudo, cabe averiguar, de modo pormenorizado, a evolução social que tornou necessária a alteração dessa concepção tradicional.

### 2.1. A evolução social e a necessária alteração da concepção tradicional

Duas grandes áreas evoluíram, em conjunto, e tornaram evidente a urgente alteração da concepção inicial sobre prova documental: a linguagem e a tecnologia.

A evolução da tecnologia influenciou, por óbvio, pois, se durante o nascimento da discussão sobre prova documental, a tecnologia estava em sua primeira grande popularização com a Leica I, após a invenção e popularização em massa de computadores, celulares, *tablets*, entre outros aparelhos, foi possível atingir novas espécies da prova documental, tais como documentos digitais reproduzidos por sistema computacional.<sup>12</sup>

Se antes havia uma limitação na forma de documentação, hoje um *software* produz um documento sem a participação de uma máquina de escrever, uma caneta e, muito menos, sem a presença humana. Esse mundo de possibilidades inaugurou um novo campo de averiguação dos desafios da prova documental. Os documentos não são mais limitados ao papel escrito. Além de imagens, vídeos e e-mails, relatórios extraídos de sistemas, exames elaborados em sistemas próprios passaram a fazer parte do grupo prova documental e a partir disso a solução, que antes era suficiente, já não é mais. A autoria do documento, a forma de produção, a originalidade, entre outros problemas, evidenciaram que o mundo da prova documental ganhou certa complexidade que exigiu um novo modo de tratamento.

Ocorre que, da carta escrita à mão ao *sticker* do *WhatsApp*, a problemática segue a mesma, para além das novas possibilidades. Isso porque, seja um documento

---

12. GANDINI, João Agnaldo Donizeti. A validade jurídica dos documentos digitais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 805, nov. 2020. p. 15.

físico escrito, seja uma fotografia, os documentos em si carregam uma problemática comum: a interpretação da prova. Por isso, a segunda evolução produziu, e ainda produz, maior necessidade de alteração da concepção tradicional. Foi a partir das lições da semiótica e da linguagem que se percebeu uma insuficiência das ideais de que o documento, por si só, revela o contexto fático que buscou documentar.

As grandes mudanças na seara linguista promovidas por Ferdinand Saussure, com a introdução de ideias como significante e significado, a arbitrariedade do signo, a noção de que o signo “une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica”<sup>13</sup> ou ainda que a linguagem “tem um lado individual e um lado social, sendo impossível conceber um sem o outro”,<sup>14</sup> evidenciam que é necessário repensar o tratamento dos documentos.

O autor estabeleceu a noção de que a linguagem, isolada, não diz nada e que é imperioso que ocorra a interpretação e uma análise também a partir do contexto social visto que inexiste “língua fora de sua realidade social”<sup>15</sup> e “[...] é mister uma massa falante para que exista uma língua. Em nenhum momento, contrariamente à aparência, a língua existe fora do fato social, visto ser um fenômeno semiológico. Sua natureza social é um dos seus caracteres internos”.<sup>16</sup> Em outras palavras, a linguagem é um produto social, formado no meio cultural e que exige uma análise dentro de um todo, e não isoladamente.

Destaca-se que as ciências jurídicas também viviam, paralelamente, uma alteração na concepção de interpretação, por exemplo, com as teorias desenvolvidas por Hans Kelsen e a interpretação da norma. Como afirmava o doutrinador austríaco,

“A norma a ser implementada constitui, em todos esses casos, apenas uma moldura, dentro da qual são dadas várias possibilidades de implementação, sendo que todo ato que se mantém dentro dessa moldura, todo ato que se encaixa na moldura em algum sentido possível, está em conformidade com a norma.”<sup>17</sup>

Tanto no campo da ciência linguística ou no campo das ciências jurídicas, trabalha-se com signos. O Direito, dentro da própria teoria, lida com a interpretação,

---

13. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Ehelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 80.

14. SAUSSURE, Ferdinand de. Op. cit., p. 16.

15. SAUSSURE, Ferdinand de. Op. cit., p. 92.

16. Idem.

17. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 1924. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 85

criação e aplicação de normas, que nada mais são do que textos com enunciados prescritivos cheios de significados. Dentro do processo judicial, aparece tanto por meio de uma petição ou decisão, quanto nas provas apresentadas.

A revolução na linguagem trouxe a revolução no ato de interpretar. Percebeu-se, tanto na área linguística quanto na jurídica, que textos isolados não têm a competência de transmitir a ideia central e necessitam de interpretação. Ainda, dentro desses textos, existem signos e significados além daqueles expressamente previstos e que devem ser explorados para além da escrita.

Para Peirce, por exemplo, o signo é “um objeto que está por outro [...] para alguma mente”,<sup>18</sup> portanto, para a compreensão daquilo que se vê (imagem, texto, vídeo, documento, lei), é necessária a análise conjunta de aspectos externos. Conforme aduz Vitor de Paula Ramos,

“como a linguagem e a atribuição de sentido a símbolos em geral dependem de convenções ou de hábitos coletivos, uma vez apostos a documentos, os símbolos são independentes das suas fontes emissoras [...]. Assim sendo, as palavras, por si só, possuem sentidos que se incluem e outros que se afastam.”<sup>19</sup>

Na prova documental, os signos expostos podem trazer informações ou demonstrar que certas informações ali não foram inseridas. Por exemplo, um contrato de prestação de serviço delimita o objeto por meio da descrição das atividades, presume-se que o que ficou de fora não faz parte do pacto. Mas ainda casos em que a discussão é justamente os limites e cláusulas contratuais que, apesar de, em regra, serem reguladas por legislação, também necessitam de uma análise própria do julgador quanto aos limites linguísticos de significados possíveis.

Destaca-se que os signos podem ser divididos em três categorias: índices, ícones e símbolos.<sup>20</sup> Como aduz Pierce:

“Um ícone é um signo que teria o caráter que o tornaria significante, ainda que seu objeto não existisse [...]. Um index é um signo que, de uma só vez, perderia

- 
18. PEIRCE, Charles. [1839-1914]. “On the nature of Signs.” [1873]. In: HOOPES, James (Org.). *Peirce on Signs*. Chapel Hill e Londres: The University of Carolina Press, 1991. p. 313.
  19. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 237.
  20. PEIRCE, Charles. [1839-1914]. “Some Consequences of Four Incapacities. [1868]. In: HOUSER, Nathan; KLOESEL, Christian (Org.). *The Essential Peirce*. Bloomington: Indiana University Press, 1992. v. 1. p. 40.



o caráter que faz dele um signo se o objeto fosse removido, mas não perderia o caráter se não houvesse interpretante. [...]. Um símbolo é um signo que perderia seu caráter que o torna um signo se não houvesse um interpretante.”<sup>21</sup>

Por exemplo, a fotografia de um cavalo seria um *índice*, o desenho de um cavalo feito por uma criança seria um *ícone* e a palavra “cavalo” seria um *símbolo*. Ainda assim, tanto índices quanto ícones precisam de interpretação mínima, pois:

“Não há documentos que possam ser diretos, pois a própria ideia de signo remete a um sentido que não está integralmente no signo, dependendo também do intérprete e, com isso, determinando necessidade de que esse seja interpretado.”<sup>22</sup>

Um documento pode possuir tanto um símbolo quanto um ícone. Contudo, em regra, a maioria dos documentos são escritos e, portanto, carregam símbolos. Uma relação contratual é estabelecida por um documento escrito, um acordo é estabelecido por um documento escrito, a certidão de dívida ativa é um documento escrito, entre outros exemplos possíveis, se conclui que em todos há a presença de signos, especificamente símbolos. Carregando símbolos (palavras, textos, sentenças etc.), carregarão possibilidades de significados.

Destaca-se o comentário sobre a interceptação telefônica de Vitor de Paula Ramos:

“Uma vez feitas as transcrições a partir dos dados obtidos a partir da interceptação, ou simplesmente guardados em gravações, passa-se à fase de busca pela interpretação de sentidos possíveis, isto é, de reconstrução de sentidos. E o problema que se coloca, então, é o seguinte: sabendo que os símbolos não possuem uma relação causal automática com os fatos do ‘mundo lá fora’, como é possível distinguir uma mensagem cifrada, cujo intuito é justamente ocultar a prática de atos ilícitos, de uma mensagem comum, fruto de uma comunicação ordinária do dia a dia?”<sup>23</sup>

21. PEIRCE, Charles. [1839-1914]. “Sign.” [1901]. In: HOOPES, James (Org.). *Peirce on Signs*. Chapel Hill e Londres: The University of Carolina Press, 1991. p. 313.
22. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 155.
23. RAMOS, Vitor P. Da necessidade de corroboração probatória para a reconstrução de sentidos em diálogos obtidos por interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan./abr. 2021. p. 553. Disponível em: [doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.429].

Como aponta o autor, o símbolo não possui uma relação causal automática com os fatos do mundo. A classificação e nomenclatura dos objetos, pessoas, animais etc., foram convencionadas pelo próprio grupo social.

Isto é, convencionamos que a palavra “cavalo” significará o animal pertencente à família taxonômica *equidae*. A soma das letras, o som emitido e a forma final, a quem visualiza, trará à mente a imagem do animal cavalo. Mas não há uma relação causal com a realidade, é uma convenção humana, uma classificação linguística, uma escolha de sentidos e significados. Por isso que, ao comentar sobre a interceptação telefônica, Vitor de Paula Ramos defende que será necessário fazer, a partir da interpretação daqueles símbolos (as frases pronunciadas pelos interceptados), a reconstrução de sentidos, a fim de que se atinja a conclusão do acontecimento da hipótese fática (prática de um ilícito).

A prova documental é a espécie probatória que mais demandará interpretação do julgador, pois, diferentemente do que entendia Carnelutti, o fato ali representado por vezes não será imediato ao intérprete. E é exatamente a representação do fato que importará para avaliar se aquele documento servirá como elemento de prova.<sup>24</sup>

A autenticidade documental e originalidade (veracidade material) por vezes poderá não corresponder à realidade que busca representar.<sup>25</sup> Por isso, para afirmar que um documento possui valor probatório a servir como fundamento de uma decisão, talvez não seja suficiente analisar a autoria e a origem do documento.

Pensa-se no caso de uma funcionária que precisa enviar um e-mail urgente ao seu trabalho informando que não estará presente no dia seguinte, pois sofreu um problema físico, levando-a ao médico. Em razão do problema ocorrido, essa funcionária passa o seu usuário e senha de e-mail a um amigo e este amigo envia o e-mail e assina pela funcionária a minuta. Ao retornar ao trabalho, a funcionária é demitida por justa causa diante da ausência injustificada, pois a empresa alega que (i) não é possível comprovar a autoria do e-mail e (ii) não há outros elementos que corroborem com a hipótese (ausência justificada por razão médica).

Com base apenas nos problemas da verificação da autoria, o documento não é autêntico (caso fosse comprovado que o amigo enviou o e-mail), mas ainda assim terá valor probatório, pois a informação transmitida servirá como corroboração

24. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 55.

25. ROTA, Fabio. “I Documenti”. In: Taruffo, Michele (Org). *La prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 615-616.

da hipótese suscitada (problema médico e ausência no trabalho).<sup>26</sup> O exemplo em questão é apenas para demonstrar que as grandes complexidades dos documentos acabaram ultrapassando a análise somente da autoria e originalidade. Por óbvio, a apresentação nos autos do envio da minuta do e-mail sem qualquer mácula na autoria, acrescida de um atestado médico emitido na época da situação narrada, formariam um conjunto probatório suficiente para comprovar a ausência justificada.

O caso hipotético é simples e não exigirá grandes esforços interpretativos por parte do julgador, mas a partir do narrado é possível verificar que as questões vinculadas apenas à autoria não garantem tanto a verificação quanto a não verificação dos fatos. Além da interpretação necessária, o aporte de uma prova documental somada com outra prova também aumentará o *supportiveness*.<sup>27</sup> Isto é, o quão favorável é a prova para a própria hipótese.<sup>28</sup>

Em suma, a prova documental normalmente possuirá um signo que carecerá de uma mínima interpretação. Os signos “admitidos como tendo significação diferem bastante no tipo de significação que possuem”.<sup>29</sup> Além do contexto, a própria vasta possibilidades de sentido de um signos, especialmente símbolos, exige a interpretação. Por exemplo, no Brasil, ao falar “pagar propina”, remete-se a um ato ilícito. Em Portugal, diferentemente, significa pagar uma mensalidade de uma universidade ou escola privada. Imagina-se que, em troca de mensagens, um português afirma a um brasileiro que já efetuou o pagamento da “propina”. Veja-se que a própria dimensão cultural, no caso referido o país, irá influenciar. Por isso, caso essa troca de mensagens seja levada a um processo judicial, o julgador terá de considerar os significados possíveis, que por vezes não são expressos ou presumidos de forma simples.

Outro exemplo é a palavra “canalha” que, no Brasil, normalmente significa uma pessoa sem caráter, de índole duvidosa. Mas, em Portugal, significa grupo de crianças<sup>30</sup>. Nesses exemplos, o próprio significado construído ao longo do tempo criou aquele símbolo, por isso não existe signo sem a criação e a interpretação. Com os simples exemplos mencionados, resta evidente que um mesmo signo carrega

---

26. Caso inspirado no exemplo criado por Vitor de Paula Ramos na obra: DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 141.

27. HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*, 1993. 2nd. Ed. New York: Prometheus Books, 2009. p. 127.

28. DE PAULA RAMOS, Vitor. Op. cit., p. 85.

29. MORRIS, Charles. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona: Paidós, 1985. p. 68.

30. Disponível em: [preply.com/pt/blog/palavras-estranhas-em-portugal/].

sentidos e significados diferentes. Há problemas que envolvem a denotação (sentido literal) e outros que envolvem a conotação (sentido figurado).<sup>31</sup>

Nesse sentido, esclarece Vitor de Paula que

“[...] a ideia de denotação e conotação é aplicável para os diversos tipos de casos em que os signos aparecem. Uma fotografia pode, por exemplo, denotar uma pessoa vestida de médico, em um ambiente parecendo um hospital, e conotar ‘cuidado’ [...]. A palavra gato em português, denota o animal, mas também tem a conotação de um homem bonito.”<sup>32</sup>

Há de se considerar que no contexto brasileiro, diante da dimensão continental, vivenciamos diferenças de significados de palavras do próprio idioma a depender da região da federação.

As complexidades da significação demonstram que uma prova que veicula signos ao processo demandará do julgador uma (ainda que mera) atividade interpretativa, verificando a espécie do signo, o contexto, os significados possíveis, a fim de que seja possível afirmar se há uma relevância daquela prova e uma elevação do grau de justificação da hipótese a provar.

A preocupação do jurista não pode ficar limitada com a interpretação das normas, pois, como referido anteriormente, somente se saberá a ocorrência ou não daquela espécie legislativa quando se confirmar a ocorrência ou não na realidade. Não há como separar o raciocínio interpretativo do julgador daquele documento com signos, pois

“[...] la civilización humana depende de los signos y de los sistemas de signos, y al propio tiempo la mente humana es inseparable del funcionamiento de los signos, si es que, en verdad, la mentalidad misma no debe identificarse con ese funcionamiento.”<sup>33</sup>

E, se depende de um processo interpretativo, cabe mencionar que interpretação pode ser processo ou resultado, pode ser em abstrato ou em concreto, pode ser em cognição ou em decisão, mera interpretação ou construção jurídica.<sup>34</sup> No caso da verificação de uma hipótese fática, o processo interpretativo fará parte do momento da valoração daquela prova, analisando os significados possíveis e a relevância que terá dentro do conjunto probatório levado aos autos, de forma concreta, mas

31. DE PAULA RAMOS, Vitor. Op. cit., p. 128-129.

32. DE PAULA RAMOS, Vitor. Op. cit., p. 129.

33. MORRIS, Charles. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona: Paidós, 1985. p. 23.

34. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 31.

também considerados os aspectos abstratos (linguagem, idioma, contexto social, tradução, conotação etc.).

É imperioso que pensemos em qual desses momentos a análise da prova documental está, pois não basta uma preocupação somente com admissão, tempestividade, autoria, autenticidade da prova se tampouco saberá se interpretar aquela prova.

Um grande exemplo de que frases dependem sempre de uma interpretação é trazido por Luis Alberto Warat:

“[...] a expressão ‘Proibido Usar Tanga’ tem um significado padronizado que nos permite entender que a ordem está relacionada a uma peça do vestuário, e não, simplesmente, a qualquer objeto do mundo. O sentido da mensagem, no entanto, mudará se essa expressão figurar em um cartaz da praia de Ipanema ou na porta de entrada de um campo de nudismo. A situação, em ambos os casos, indicará-nos a adoção de diferentes comportamentos em relação á tanga. Numa das hipóteses, usar uma peça de banho maior; em outra, nada usar.”<sup>35</sup>

O sentido mínimo sempre estará presente e não deve ser ignorado,<sup>36</sup> mas fica claro que, com a existência de signos, a noção do significado acaba sendo uma relação de processo, isto é, uma interpretação.

A prova documental não pode ser “largada” nos autos e passar ilesa a qualquer interpretação apenas porque é tempestiva, idônea e autêntica. Não é suficiente para o conhecimento dos fatos a apresentação de um documento sem que ocorra a mínima análise daqueles signos existentes.

Além disso, é necessário que se saiba o contexto daquele documento, especialmente o caminho do seu desenvolvimento.<sup>37</sup> Isso porque o contexto do documento aumentará o nível de confiabilidade daquela prova apresentada que, no contexto probatório, deve ser sensível às provas<sup>38</sup> e baseada em critérios objetivos.<sup>39</sup>

---

35. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 67.

36. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 54.

37. DE PAULA RAMOS, Vitor. Op. cit., p. 107.

38. MCMYLER, Benjamin. *Testimony, Trust, and Authority*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 136.

39. GAMBETA, Diego. “Can We Trust Trust?”. In: *Philosophy and Phenomenological Research*, v. LXXIII, n. 3, Nov. 2006. p. 217.

A interpretação do documento será vinculada aos seus signos, mas poderá ser falha caso não se saiba a forma pela qual aquela prova foi elaborada. Por isso, merece ser repensada a diferenciação que difere provas plenas ou não plenas, documentos públicos ou privados. Isso porque essa divisão ainda é um resquício dos primeiros trabalhos doutrinários sobre prova documental, em que documentos originais e públicos seriam mais fortes do que outros. Nas palavras de Vitor de Paula, “o que importa é retirar o foco do suporte [...] e focar em saber as formas de produção e guarda das informações”.<sup>40</sup>

Contudo, ainda paira em nosso contexto jurídico a ideia de que o documento por si só revela a realidade como se ele fosse superior e completamente alheio ao próprio contexto fático que documentou. O documento não é capaz de revelar nada, apenas a interpretação dele é que resultará na corroboração da hipótese “y” ou “x”.

Disso se conclui que (i) as novas teorias da linguagem demonstraram que textos necessitam de uma interpretação; (ii) a prova documental carrega signos, majoritariamente símbolos, que carecem de uma tarefa interpretativa e (iii) não se encontrará a solução em aspectos formais da prova documental, exigindo-se do intérprete uma análise das possíveis interpretações daquela prova. Partindo dessas premissas, se passará à análise de possíveis soluções aos problemas na completude que o raciocínio probatório oferece.

### 3. DOCUMENTOS SEM CORRESPONDÊNCIA À REALIDADE: A BUSCA DA SOLUÇÃO NA COMPLETUDE DO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO

O significado dos símbolos, como as provas documentais, está necessariamente submetido à interpretação e ao conhecimento do contexto de suas criações. Portanto, não se entende a prova documental – e aquelas que carregam qualquer tipo de signo – sem a combinação de outras espécies de provas.

De início, destaca-se que, para Daniel Lagier, por exemplo, há os seguintes elementos de prova: (i) confiabilidade dos fatos probatórios; (ii) suficiência dos fatos probatórios; (iii) variação dos fatos probatórios; (iv) pertinência dos fatos probatórios.<sup>41</sup> O autor ainda estabelece outros critérios sobre a garantia e sobre a hipótese. Sobre a garantia, destaca-se: “[...] o grau de confirmação da hipótese final da inferência probatória é maior quando as máximas de experiência constituem regras científicas ou vulgarizações de conhecimento amplamente confirmados”.<sup>42</sup>

40. DE PAULA RAMOS, Vitor. Op. cit., p. 149.

41. LAGIER, Daniel González. *Quaestio Facti*: ensaios sobre prova, causalidade e ação. Trad. Luis Felipe Kircher. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 89-93.

42. LAGIER, Daniel González. Op. cit., p. 94.

E, aos documentos com símbolos, regras científicas poderiam ser as regras de interpretação, comumente utilizadas, por exemplo, nas interpretações normativas, e isso justamente para diminuir as hipóteses alternativas de interpretação para que seja possível aumentar o grau de credibilidade da hipótese fática.<sup>43</sup>

Portanto, se a prova juntada nos autos é uma interceptação telefônica, não há como determinar o grau de conhecimentos dos fatos sem o mínimo do exercício interpretativo e sem a noção do contexto daquela prova. Ainda, se a prova juntada nos autos são *prints* de mensagens trocadas, também não se saberá o que ocorreu no contexto fático sem o mínimo do exercício interpretativo e ante uma ausência do conhecimento do contexto daquela prova.

Além disso, sabe-se que os signos podem ser de três ordens (índices, ícones e símbolos) e nada impede que em uma prova estejam misturados entre si. Dessa forma, a interpretação deverá ser adaptada e mais criteriosa em razão da mistura dos possíveis signos. Em suma, seja pela presença de apenas um signo, a interpretação deverá estar presente no raciocínio probatório.

Importante referir que Jordi Ferrer Beltrán ensina que existem três momentos da atividade probatória no direito: a) formação; b) valoração; e c) tomada de decisão.<sup>44</sup>

Analisando somente os dois primeiros, seria possível estabelecer para a prova documental uma atividade para o primeiro momento de análise da prova em si, isto é, tipo de prova, o signo que ela possui, a interpretação daquele signo e, no segundo momento, a valoração da prova com o conjunto probatório necessário.

Ou seja, em um primeiro momento, verifica-se os aspectos formais da prova (admissibilidade, tempestividade, autenticidade etc.), verifica-se se há ícones, índices ou símbolos, verifica-se se há possíveis contextos externos que influenciaram naquela valoração e verifica-se o método a ser tomado. Em um segundo momento, realiza-se a valoração da prova isolada (interpretação caso seja um símbolo) em conjunto com as demais espécies probatórias, por exemplo, uma mensagem trocada com um áudio gravado ou um documento juntado com um vídeo, entre outras possibilidades.

Mas isso demonstra que, isoladamente, a prova documental não consegue revelar a realidade. Essa separação permitirá ao intérprete percorrer o caminho que o levará a um conhecimento dos fatos que obedeça a espécie probatória que lhe foi

---

43. LAGIER, Daniel González. Op. cit., p. 99.

44. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev. e atual. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 67.



posta, após a formação do conjunto de elementos “é o momento de valorar o apoio empírico que esses elementos aportam individual e conjuntamente”<sup>45</sup>

A necessidade de um conhecimento do contexto daquela prova e de uma interpretação do seu signo é para que seja possível atingir grau “x” ou “y” de conhecimento dos fatos alegados. Sem que isso ocorra, as provas documentais serão aceitas e valoradas apenas por seus aspectos formais que, frisa-se, por vezes não possuem relação alguma com os aspectos fáticos.

A título de exemplo da valoração das provas com signos, é o julgado realizado no Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846 no qual a Corte reconheceu a insuficiência do reconhecimento facial por fotografia via *WhatsApp* e ante a ausência de outros elementos que indicassem a autoria do crime naquele caso concreto.

Ainda que possa parecer evidente a possibilidade do reconhecimento facial por uma fotografia, naquele conjunto probatório foi insuficiente, não sendo possível atingir um grau elevado para a comprovação da hipótese (autoria do crime). Ainda, o contexto da prova – a produção da fotografia – também era desconhecido. Além disso, o envio da fotografia, a troca de mensagens, entre outros aspectos, diminuíram o grau de probabilidade da hipótese.

Não é diferente nas alegações que são comprovadas por meio documental puramente escrito, por vezes. Não se pode tomar como conhecido todo e qualquer fato que possa ser comprovado por meio de documentos. Necessariamente, terá que ocorrer uma combinação de prova e um exercício interpretativo daquele signo.

De fato, a prova documental não é capaz de documentar a realidade. Ainda que assim busque, estará suscetível a erros, principalmente, erros de ordem interpretativa, por isso “o conteúdo do documento depende, necessariamente, de interpretação [...]. A duas porque, sem conhecer a forma de criação, os materiais de base, os contextos etc., qualquer tentativa de valoração do conteúdo será nada mais do que um exercício de adivinhação”<sup>46</sup>

É de suma relevância que se passe a olhar para a prova documental sem o véu de superioridade do documento e na capacidade de revelar todo o contexto fático. Se obras literárias, normas, leis, decretos, cartas, mensagens do *WhatsApp* podem

45. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev. e atual. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 139.

46. DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental: do documento aos documentos – do suporte à informação*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 303.

ser mal interpretadas, não cabe defender, ainda, que a prova documental é capaz de transmitir a realidade isoladamente e de forma suficiente.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, se procurou, em um primeiro momento, apresentar a origem das primeiras teorias sobre prova documental. Isto é, os estudos que até aqui influenciam a processualística com a noção de que a prova documental, isolada e independentemente, é suficiente para o conhecimento dos fatos.

Em um segundo momento, foram apresentadas, de forma breve, as duas grandes evoluções na linguística e da tecnologia que tornaram necessária uma alteração da concepção clássica. De um lado, o alargamento das possibilidades tecnológicas que trouxeram variáveis formas (de produção) das provas documentais e, de outro, as novas visões sobre teoria linguística que demonstraram a necessidade de um exercício interpretativo para qualquer modalidade de escrita, seja norma, texto, documento, literatura etc.

Neste segundo tópico, foi possível concluir que a prova documental, isoladamente, não consegue transmitir a realidade, por isso, ao final do trabalho, buscou-se analisar a solução na completude do raciocínio probatório por dois métodos. Sendo, o primeiro, a necessidade de se obter o conhecimento do contexto daquela prova e, o segundo, a necessidade da formação de um conjunto de provas combinadas para a corroboração e aumento do grau de conhecimento fático.

Sustentar que prova documental documenta a realidade, blindada a erros, é sustentar inclusive que textos normativos não necessitam de um intérprete, ainda que existam os sentidos mínimos.

Não há direito sem fatos e não há fato juridicamente relevante sem o direito. E essa qualificação é a atividade de “[...] subsumir o fato individual a uma categoria prevista em uma norma jurídica”<sup>47</sup> e, portanto, os problemas de hermenêuticos se traduzirão em problemas de qualificação fática.<sup>48</sup>

Se, de antemão, não for realizada uma interpretação da prova documental, toda a cadeia interpretativa para o deslinde daquela relação processual estará contaminada pelo erro inicial de ausência de valoração do documento.

O documento precisa enfrentar minimamente técnicas do raciocínio epistemológico-probatório para fornecer não o conhecimento absoluto da hipótese fática,

47. LAGIER, Daniel González. Op. cit., p. 46.

48. Idem

mas, ao menos, um grau de probabilidade.<sup>49</sup> Até porque não é possível que um documento transmita a realidade absoluta, essa é a presunção que se busca, ao menos, diminuir e retirar de dentro do processo.

A balança da relação processual não pode cair em vantagem para a parte que possui alegações supostamente comprovadas por meio de meios documentais. Ao contrário, não se deve presumir veracidade pela forma da prova como uma máxima de confiança sem razão epistêmica, mas sim pela força que ela possui quando valorada (interpretada) e dentro de um conjunto probatório diversificado que aumentam o grau de corroboração. Em suma, tais como os signos dos poemas de Mário Quintana<sup>50</sup>, a prova documental carece de interpretação, sem que isso a torne mais fraca, aumentando a sua justificada e valoração nos autos.

## 5. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Funzione e Composizione del Processo. Padova: CEDAM, 1936. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. [1872-1937]. *Principii di Diritto Processuale Civile*. [1906]. 3. ed. [1923]. Napoli: Jovene, 1965.
- CHOMSKY, N. *Syntactic Structures*. Berlim: Mouton, 1957.
- CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.
- DE PAULA RAMOS, Vitor. *Prova Documental – Do Documento aos Documentos – Do Suporte à Informação*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- DE PAULA RAMOS, Vitor. Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos Obtidos por Interceptações Telefônicas. *Revista brasileira de direito processual penal*, v. 7, 2021.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

49. LAGIER, Daniel González. Op. cit., p. 64.

50. QUINTANA, Mário. *A Rua dos Cataventos*. São Paulo: Editora ABC, 2005. p. 51.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Valoração Racional da Prova*. 3. ed. rev. e atual. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- GAMBETA, Diego. “Can We Trust Trust?”. In: *Philosophy and Phenomenological Research*, v. LXXIII, n. 3, p. 213-237, Nov. 2006.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti. A validade jurídica dos documentos digitais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 805, p. 83-98, nov. 2020.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.
- HAACK, Susan. *Evidence and Inquiry*, 1993. 2nd. Ed. New York: Prometheus Books, 2009.
- HJELMSLEV, Louis. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*. 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1969.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 1924. 2. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KOERNER, E. F. K. (1978). *Linguistic Historiography: Projects & Prospects*. John Benjamins.
- LAGIER, Daniel González. *Quaestio Facti: ensaios sobre prova, causalidade e ação*. Trad. Luis Felipe Kircher. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- LAUDAN, Larry. (2006). *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- MCMYLER, Benjamin. *Testimony, Trust, and Authority*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MORRIS, Charles. *Fundamentos de la teoría de los signos*. Barcelona: Paidós, 1985.
- PEIRCE, Charles. [1839-1914]. “On the nature of Signs.” [1873]. In: HOOPES, James (Org.). *Peirce on Signs*. Chapel Hill e Londres: The University of Carolina Press, 1991.
- PEIRCE, Charles. [1839-1914]. “Some Consequences of Four Incapacities. [1868]. In: HOUSER, Nathan; KLOESEL, Christian (Org.). *The Essential Peirce*. Bloomington: Indiana University Press, 1992. v. 1. p. 28-55.
- PEIRCE, Charles. [1839-1914]. “Sign.” [1901]. In: HOOPES, James (Org.). *Peirce on Signs*. Chapel Hill e Londres: The University of Carolina Press, 1991. p. 239-259.
- RAMOS, Vitor P. Da Necessidade de Corroboração Probatória para a Reconstrução de Sentidos em Diálogos Obtidos por Interceptações Telefônicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 537-566, jan./abr. 2021. Disponível em: [doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.429].
- ROTA, Fabio. “I Documenti”. In: Taruffo, Michele (Org.). *La prova nel Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 2012.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Ehelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SONTAG, Susan. *On Photography*. New York: Farrar, Straus & Giroux, 1793.

SWALES, J. M. (1990). *Genre Analysis: English in Academic and Research Settings*. Cambridge University Press.

QUINTANA, Mário. *A Rua dos Cataventos*. São Paulo: Editora ABC, 2005.

TARUFFO, Michele (1943-2020). *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos (2009). Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TWINING, William. (1990). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Basil Blackwell.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A prova documental na arbitragem internacional: convergências culturais e apontamentos procedimentais, de Alberto Jonathas Maia – *RePro* 347/381-409; e
- Primeiras linhas pela reconstrução da teoria da prova documental: os diversos tipos de signo e a necessidade comum de interpretação, de Vitor de Paula Ramos – *RePro* 313/131-149.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# **Meios de Impugnação das Decisões Judiciais**

Uso exclusivo – proibida a veiculação



# OS IMPACTOS DO PLÊNÁRIO VIRTUAL NO PODER DE PAUTA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR UMA VIA TRANSVERSA?

*THE IMPACTS OF THE VIRTUAL PLENARY ON THE AGENDA-SETTING POWER OF THE SUPREME COURT'S CHIEF JUSTICE: INCREASING ACCESS TO JUSTICE BY A TRANSVERSE ROUTE?*

ISABELLE ALMEIDA VIEIRA PICCININI

Doutoranda (bolsista CAPES/PROEX) e Mestre em Direito (bolsista CNPq), na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo (PUC/RS). Especialista em Direito Processual Civil (UFRGS). Analista Jurídica do TJSC. [isabelle.av@hotmail.com](mailto:isabelle.av@hotmail.com)

Recebido em: 11.08.2024

Aprovado em: 04.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Digital; Constitucional

**RESUMO:** O presente estudo tem por objetivo discutir como a implementação do plenário virtual junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) pode ter impactado no poder de pauta do seu presidente, considerando a sistemática hoje adotada, em que os relatores passaram a poder pautar seus processos diretamente nesse ambiente virtual sem necessariamente passarem pelo crivo do presidente. Nesse cenário, busca-se demonstrar que tal procedimento, ainda que por uma via transversa, pode ter ampliado o acesso à justiça, na medida em que a pauta está sendo descentralizada entre os demais ministros. O monopólio da pauta pelo presidente, não raras vezes, ocasionava situações como o "engavetamento" indefinido do julgamento de determinados casos por questões de ordem diversa, incluindo políticas, por meio de um verdadeiro filtro de seletividade. Sob esse prisma, a nova sistemática adotada por meio do plenário virtual pode resultar em uma maior democratização da pauta em face da mitigação do poder do presidente e de uma ampliação dos poderes dos relatores, permitindo um maior atingimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

**ABSTRACT:** The present study aims to discuss how the implementation of the virtual plenary at the Supreme Court (STF) may have impacted on the agenda-setting power of the Chief Justice, considering the system adopted today, in which rapporteurs are now able to submit their cases directly on this virtual environment without the need of the Chief Justice agreement. In this scenario, the aim is to demonstrate that such procedure, even by a transversal route, may have increased the access to justice, since the agenda is being decentralized among the other Justices. The monopoly of the agenda by the Chief Justice commonly led to situations such as the indefinite "shelving" of the judgment of certain cases for various reasons, including political ones, through a selectivity filter. From this perspective, the new system adopted by the virtual plenary could increase the democratization of the agenda due to of the mitigation of the Chief Justice's power and an increase of the rapporteurs' powers, allowing greater achievement of the fundamental right to effective judicial protection.

**PALAVRAS-CHAVE:** Plenário virtual – Poder de pauta – Relator – Presidente do Supremo Tribunal Federal – Ampliação do acesso à justiça.

**KEYWORDS:** Virtual plenary – Agenda-setting power – Rapporteur – Supreme Court’s Chief Justice – Extending access to justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder de pauta do presidente do STF. 3. A implementação do plenário virtual no STF e a extensão do poder de pauta para os relatores. 4. Mitigação do poder de pauta do presidente e a consequente ampliação do acesso à justiça por uma via transversa. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Entre as competências que são atribuídas ao presidente do STF, está a de selecionar os casos que vão a julgamento no plenário, ou seja, o “poder de pauta”. O poder de pauta, também conhecido como “poder de agenda”, diz respeito a um modelo que, historicamente, era centralizado e discricionário no presidente. Pode-se dizer que o poder de pauta era monopólio do presidente, que só teria esse poder mitigado em um eventual pedido de vista na sessão de julgamento por outro ministro. Contudo, tal modelo foi sensivelmente modificado com o advento do plenário virtual junto ao STF. Apesar de ter sido criado em 2007, foi em decorrência das medidas de distanciamento social impostas pela pandemia de Covid-19 que o plenário virtual passou a ser utilizado como principal forma de julgamento pela mais alta Corte do país.

Com as Emendas Regimentais 51/2016, 52/2019 e 53/2020, houve uma ampliação da competência do plenário virtual, em que, agora, todos os processos de competência do STF podem ser julgados por esse modelo virtual. Hoje, a importância desse ambiente virtual é notória. No ano de 2022, por exemplo, 98,9% das decisões do STF foram proferidas em ambiente virtual, o que denota a relevância de se prestar atenção no seu procedimento, o qual acaba se diferenciando do modelo presencial, uma vez que a pauta de julgamentos é construída de forma muito distinta.

No plenário “presencial”, o qual era utilizado na quase totalidade dos casos até o ano de 2020, a sistemática ocorre da seguinte forma: um processo só pode ser levado para o plenário para ser decidido depois de o relator tê-lo liberado para julgamento e o presidente do tribunal tê-lo incluído em pauta.

Por sua vez, a sistemática do plenário virtual, modelo preferencialmente adotado atualmente, ocorre de modo diferente: o ministro relator irá liberar o seu processo para julgamento virtual (uma espécie de pauta), ou seja, ele irá escolher em qual sessão deseja submeter a julgamento aquele processo. Note-se que, nessa situação, não há a participação do presidente na construção da pauta, na medida em que os processos são julgados na sequência em que liberados pelos respectivos relatores.

Sob esse aspecto, observa-se uma mitigação no poder de pauta do presidente do STF, levando em conta que o plenário virtual acabou enfraquecendo o controle que era por ele historicamente exercido sobre a agenda de casos julgados pela Corte. O poder de pauta, portanto, passou a ser distribuído entre os ministros relatores, ao se facultar a eles a possibilidade de inclusão dos processos na pauta virtual sem a necessidade de anuência do presidente.

Esse poder que era centralizado exclusivamente no presidente, passa agora a ser descentralizado, na medida em que a escolha *do que e quando* pautar foi também distribuída entre os demais ministros. Nesse ponto, questiona-se: com a aludida mitigação do poder de pauta do presidente e a consequente pulverização desse poder entre os demais ministros, é possível observar uma ampliação no acesso à justiça? Essa é a principal pergunta que este ensaio buscará tentar responder.

Explica-se: muitas vezes, o presidente acabava realizando uma espécie de filtro de seletividade (a exemplo do *Writ of Certiorari* na Suprema Corte dos EUA), por diversos fatores, inclusive políticos, fazendo com que certos processos fossem pautados e outros fossem “engavetados”. Nesse sentido, aventa-se acerca da hipótese de que essa descentralização do poder de pauta em relação aos demais ministros resulte em menos “engavetamentos”, ampliando, assim, ainda que por uma via transversa, o acesso à justiça.

Para tanto, o presente ensaio, o qual utilizará o método de abordagem hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e pesquisa qualitativa, será dividido em três partes. Na primeira parte, será analisada, do ponto de vista histórico, a origem do poder de pauta do presidente do STF, bem como a sistemática envolvendo o seu funcionamento até a atualidade, procurando-se identificar eventuais influências no exercício desse poder. Na segunda parte, será analisada a ampliação da competência do plenário virtual, esclarecendo-se, na sequência, como ocorre a sua dinâmica, para o fim de concluir que, nessa nova arena, o poder de pauta se estendeu aos ministros relatores. Na terceira e última parte, se buscará demonstrar que essa extensão do poder de pauta aos ministros relatores acabou, por outro lado, mitigando o poder de pauta exercido pelo presidente do STF, o que pode ter resultado, ainda que por meio de uma via transversa, em uma ampliação do acesso à justiça diante da descentralização desse poder.

## 2. O PODER DE PAUTA DO PRESIDENTE DO STF

Tratando-se o STF da mais alta Corte do Brasil, por certo que a definição da sua pauta, ou seja, do que será objeto de julgamento pelo plenário (julgamento por meio da reunião de todos os ministros), é função de extrema relevância, podendo

ser considerada, inclusive, como um poder, o “poder de pauta” ou, ainda, “poder de agenda”.

Para Arguelhes e Ribeiro, “o poder de definir a agenda envolve escolher quando julgar um dado tema ou caso, habilitando ou impedindo decisões judiciais em momentos específicos”<sup>1</sup>, definição semelhante à de Esteves, para quem o poder de pauta pode ser compreendido “como o poder de definir quando e quais questões serão resolvidas”<sup>2</sup>.

Dimoulis e Lunardi explicam que “do ponto de vista normativo, a ordem de julgamento pode ser determinada por lei, por normas internas do Poder Judiciário ou pode ser deixada à discricção da presidência, do relator ou de algum órgão colegiado”<sup>3</sup>. Diante desse contexto, observa-se que, historicamente, esse poder de pauta é exercido pelo presidente do STF, ou seja, como regra, a pauta é definida por meio de decisão discricionária do presidente. Ao que tudo indica, a origem do poder de pauta do presidente do STF surgiu durante a presidência do ministro Nelson Jobim, “quando ele então passou a elaborar as pautas temáticas”<sup>4</sup>.

Nota-se, assim, que a origem desse poder não decorre propriamente da Constituição Federal, da lei, tampouco do regimento interno do STF<sup>5</sup>, mas, sim, da “autoatribuição do titular do cargo”<sup>6</sup>. Esteves refere que o eventual ocupante da presidência do STF “tateia os limites de sua função, e busca expandi-los quando visualiza uma

1. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 18, 2018.
2. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 134-135, 2020.
3. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 4357-4377, Brasília: Conpedi, 2008, p. 4360.
4. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 143, 2020.
5. No tocante ao Regimento Interno de 1891: “Outrossim, não há dispositivos que atribuam poderes diretamente ao Presidente da Corte para definir a pauta de julgamentos.” (TRIGUEIRO, Victor Guedes. *O jogo de pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância*. Londrina: Thoth, 2023. p. 35.)
6. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 143, 2020.

oportunidade, criando ou alargando um poder”<sup>7</sup>, situação que parece explicar o poder de elaborar a pauta de julgamentos pela presidência.

Compreende-se que a autoatribuição desse poder pode ser extraída de uma possível interpretação sistemática dos artigos 13, inciso III<sup>8</sup>, e 128, § 2º<sup>9</sup>, do Regimento Interno do STF (RISTF), na medida em que atribuem à presidência o poder de, respectivamente, “dirigir e presidir os trabalhos nas sessões plenárias, e o de dar preferência a julgamentos em certos casos. Não há, portanto, atribuição expressa desse poder à presidência em todo e qualquer caso”<sup>10</sup>.

Há ainda quem sustente que esse poder pode ser atualmente extraído do artigo 934 do CPC, o qual disciplina que “em seguida, os autos serão *apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento*, ordenando, em todas as hipóteses previstas neste Livro, a publicação da pauta no órgão oficial” (grifos nossos). Contudo, vale pontuar que o artigo 934 do CPC corresponde ao artigo 552 do CPC de 1973, o qual possuía redação muito similar: “Os autos serão, em seguida, *apresentados ao presidente, que designará dia para julgamento*, mandando publicar a pauta no órgão oficial” (grifos nossos). Barbosa Moreira leciona que, “restituídos pelo relator ou, quando houver, pelo revisor, são os autos apresentados ao presidente do órgão colegiado, a quem compete designar dia para o julgamento da causa ou do recurso”<sup>12</sup>.

7. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 143, 2020.
8. Art. 13, III, do RISTF. São atribuições do Presidente: III – dirigir-lhe os trabalhos e presidir-lhe as sessões plenárias, cumprindo e fazendo cumprir este Regimento.
9. Art. 128, § 2º do RISTF. O Presidente poderá dar preferência aos julgamentos nos quais os advogados devam produzir sustentação oral.
10. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 135, 2020.
11. “The legal basis of the agenda-setting power held by the presidents of Brazilian courts is reflected in the 2015 Code of Civil Procedure, which establishes textually that ‘the process will be presented to the President, who will set a date for judgment, and order, in all possible cases hereby presented, that this date be published by the official gazette.’” (RESENDE, Raineri Lima; VIEIRA, José Ribas. The agenda-setting crisis in the Brazilian Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law Blog*, 2018. Disponível em: [http://iconnectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court]. Acesso em: 10.09.2023.)
12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973). 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011 v. V – Arts. 476 a 565, p. 657.

No CPC de 1939, o dispositivo correspondente era o artigo 874, § 3º: “Em seguida, os autos serão *apresentados ao Presidente, que designará dia para julgamento*, mandando publicar anúncio no órgão oficial” (grifos nossos), o qual foi posteriormente revogado. Assim, observa-se que, antes mesmo do advento do CPC de 2015, já era possível extrair essa interpretação dos diplomas legais que o antecederam.

Nota-se, assim, que a construção da pauta é tarefa privativa do presidente do STF, conforme preleciona Victor Trigueiro, ao aduzir que “não há qualquer dispositivo que estabeleça regra de compartilhamento de competência com os demais Ministros para designação de dia para julgamento dos casos, nem mesmo de forma excepcional”<sup>13</sup>.

De toda sorte, independentemente da origem desse poder, é possível observar, no ambiente presencial, a seguinte dinâmica quanto à formação da pauta de julgamento: primeiro, o relator libera o caso para julgamento para, somente depois, o presidente do tribunal incluí-lo em pauta.

Essa sistemática pode ser extraída, principalmente, do que prevê o artigo 21, inciso X, do RISTF, o qual dispõe que “são atribuições do Relator pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso”, bem como do que dispõem os já citados artigos 13, inciso III, e 128, § 2º, do RISTF, os quais expressam o poder do presidente para incluir um caso na pauta.

Sobre o ponto, a doutrina de Arguelhes e Ribeiro:

“Os poderes de agenda estão fragmentados e distribuídos em níveis individuais distintos. Um caso só pode ser de fato julgado por uma das turmas ou levado para o plenário para decisão após o relator ter liberado o caso para julgamento e o presidente do tribunal ter incluído o caso em pauta; dentre esses dois mecanismos, o primeiro expressa um poder individual descentralizado e o segundo expressa um poder individual centralizado na figura institucional do presidente.”<sup>14</sup>

De forma prática, portanto, para que um caso seja julgado pelo plenário, é necessário que, primeiro, o relator tenha liberado o caso para julgamento e, na sequência, o presidente inclua o caso em pauta. Além desses dois fatores, vale referir que, para

- 
13. TRIGUEIRO, Victor Guedes. *O jogo de pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância*. Londrina: Thoth, 2023. p. 41.
  14. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 20, 2018.

que haja o real julgamento do caso, é necessário que, durante a sessão, “nenhum dos outros ministros decida pedir vista para impedir a conclusão do julgamento”<sup>15</sup>. Nesse sentido, Victor Trigueiro leciona que “o controle de agenda do STF é composto por três elementos, quais sejam: i) elaboração da pauta de julgamentos; ii) liberação dos casos para julgamento, pelo relator; e iii) pedidos de vista”<sup>16</sup>.

Observa-se, desse modo, que não basta que o relator entenda que o caso está “pronto” para ser julgado. É necessário que, aliado a esse fator, haja a inclusão do processo em pauta pelo presidente. Trata-se, portanto, de uma espécie de ato complexo, na medida em que envolve a participação de dois atores diferentes para que um processo possa ser de fato julgado pelo tribunal.

Apesar dessa dinâmica parecer algo relativamente simples do ponto de vista procedimental, consigna-se que, não raras vezes, embora o caso tenha sido liberado para julgamento pelo relator, pode-se levar certo tempo até que o presidente venha a pautá-lo, resultando, em alguns casos, em “engavetamentos” pela presidência.

Pontua-se que não existem prazos vinculantes na legislação para o uso do poder de pauta pelo presidente e nem a previsão de qualquer penalidade caso o processo seja “engavetado” por muito tempo (podendo chegar a anos!), o que acaba transformando esse poder em uma verdadeira barreira de acesso à justiça. Quando o presidente escolhe *o que e quando* pautar, ele acaba transformando esse poder de pauta em uma espécie de filtro de seletividade.

Arguelhes e Ribeiro sustentam que “o silêncio judicial por controle negativo de agenda poupa os ministros de tomar uma decisão que seria polêmica qualquer que fosse seu conteúdo”<sup>17</sup>. Da mesma forma, Esteves refere que o tempo do plenário passou a ser um ativo, considerando que “incluir um processo na pauta de julgamentos é uma escolha sensível, que, além de determinar a agenda do tribunal, pode servir para desenhar sua imagem”<sup>18</sup>.

---

15. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 21, 2018.

16. TRIGUEIRO, Victor Guedes. *O jogo de pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância*. Londrina: Thoth, 2023. p. 31.

17. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 21, 2018.

18. ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 135, 2020.



Destaca-se que essas escolhas podem envolver múltiplos critérios, a exemplo de critérios pessoais<sup>19</sup> ou políticos, situação que pode acabar barrando indefinidamente o julgamento de determinado tema considerado mais polêmico. Barbosa e Glezer aduzem que, embora o STF não possa recusar oficialmente a apreciação de casos por razões discricionárias (não tendo o controle, portanto, sobre seu acervo), “os ministros possuem a capacidade de adiar indefinidamente a apreciação de um caso, controlando o tempo do julgamento”<sup>20</sup>.

Sobre o tempo do julgamento, Arguelhes e Hartmann alegam que, conforme muitos estudos já apontaram, decidir casos no momento certo mostra-se fator decisivo para os tribunais que desejam estabelecer para si próprios um papel politicamente relevante. Além disso, em diversos aspectos, o tempo do julgamento pode acabar moldando a própria substância da decisão<sup>21</sup>.

No Brasil, vige o princípio do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF, e artigo 2º do CPC), o qual deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Nesse sentido, observa-se que, na legislação brasileira, existem poucos filtros que visam barrar esse acesso à justiça, a exemplo dos filtros recursais da necessidade de demonstração da Repercussão Geral (Recurso Extraordinário) e da Relevância da Questão Federal (Recurso Especial).

Tratando-se de Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, observa-se uma significativa diferença entre o modelo adotado pela Suprema Corte dos EUA e pelo STF no tocante ao acesso à justiça. No modelo norte-americano, verifica-se a existência de um filtro de seletividade (*writ of certiorari*), instituto inexistente na

- 
19. “Não existe nenhum critério objetivo para determinar o que e quando será votado no STF. Thomaz Pereira, professor de direito da Faculdade Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, explica que ‘cabe ao presidente e seus pares julgar aquilo que entendem ser adequado, e claro que há influência de uma possível pressão social’. Neste cenário, ministros podem dar maior ou menor importância a uma determinada questão, de acordo com seus critérios pessoais.” (ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? *El País*, São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620\_578341.html]. Acesso em: 12.10.2023.)
  20. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 78, 2022.
  21. “As many studies have pointed out, deciding cases at the right time is decisive for courts wanting to establish a politically relevant role for themselves. [...] Indeed, in many ways, timing might shape the very substance of the decision.” (ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court’s Agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 105, 2017).

realidade brasileira. O aludido instituto trata de uma verdadeira escolha discricionária pelos *Justices* acerca daquilo que eles pretendem julgar, podendo, inclusive, recusar o julgamento de um determinado caso sem atribuição de qualquer justificativa para a referida negativa de acesso à Corte.

Quanto ao ponto, Dimoulis e Lunardi lecionam que:

“Nos EUA, a Suprema Corte não possui a obrigação de se pronunciar sobre recursos que questionam a constitucionalidade de leis (*writ of certiorari*). Os recursos são avaliados por assessores dos juízes que redigem relatórios, recomendando ou não a admissão do caso (“*cert pool*”). De acordo com regra costumeira, um pedido é levado ao plenário se quatro juízes votarem a favor da admissão, sendo que, na prática, os juízes seguem a recomendação dos assessores. A decisão sobre a admissibilidade é irreversível. Assim sendo, a Suprema Corte torna-se verdadeira “Senhora” de seu trabalho e isso explica porque nos últimos anos são julgados, no mérito, menos de 90 recursos por ano entre os aproximadamente 9.000 que chegam à Corte.”<sup>22</sup>

Os autores referem ainda que o *writ of certiorari*, o qual se apresenta como um mecanismo de intensa seletividade, trata-se de “claro exemplo das limitações impostas ao acesso à justiça constitucional quando se exerce um controle com amplos efeitos vinculantes, como ocorre no caso da Suprema Corte dos EUA”<sup>23</sup>. No sistema norte-americano, um bom exemplo de como a Suprema Corte dos EUA precisou utilizar o seu poder de agenda para evitar entrar totalmente em um debate político polarizador foi a sua decisão de negar *certiorari* para casos relacionados com a constitucionalidade da Guerra do Vietnã<sup>24</sup>.

22. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 4357-4377, Brasília: Conpedi, 2008, p. 4359.

23. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 4357-4377, Brasília: Conpedi, 2008, p. 4359.

24. “In the American system, a good example of the Supreme Court using its power of docket control to avoid entering a polarizing political debate entirely was its decision to deny *certiorari* to hear cases related to the constitutionality of the Vietnam War. The legitimacy – and therefore, in part – the constitutionality – of the Vietnam War was an intensely polarizing issue, but the Court never decided a case that directly addressed the constitutionality of the Vietnam War. If the American Supreme Court had in fact addressed the constitutionality of the Vietnam War, it would have survived, because of the support it enjoys. In countries where the constitutional review courts occupy a more precarious

Embora, como já mencionado, não exista um mecanismo similar ao *writ of certiorari* no âmbito do STF, no sentido de que os ministros não podem negar discricionariamente a análise de um recurso que tenha subido ao tribunal, por outro lado, observa-se que o poder de pauta do presidente acaba se apresentando como uma ferramenta de filtragem dos casos apreciados pela Corte. Isso porque, como não há um prazo para que o caso seja pautado e nem a previsão de qualquer penalidade a ser aplicada ao presidente caso um processo demore para entrar na pauta, indiretamente, há uma escolha discricionária dos casos a serem julgados pela Corte<sup>25</sup>.

Barbosa e Glezer sustentam que “ainda que os critérios para pautar um caso sejam pouco claros, as partes envolvidas, os advogados, o tema e a saliência do caso parecem ser elementos que favorecem uma priorização”<sup>26</sup>. Por sua vez, Dimoulis e Lunardi alegam que o exercício do poder de pauta pelo presidente possui uma evidente dimensão política, na medida em que quem exerce “o poder de determinar a ordem de julgamento de ações, cujo resultado pode ser o afastamento de atos normativos, influencia, de maneira decisiva, a vida econômica e política”. Os autores explicam que “uma célere declaração de inconstitucionalidade pode inviabilizar um projeto político, sendo que a mesma decisão ocorrida anos ou décadas depois normalmente tem efeitos muito mais limitados”<sup>27</sup>.

Exemplificativamente, cita-se o julgamento acerca da possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade depois da condenação em segunda instância pelo STF. No tocante às Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, observa-se que a Ministra Cármen Lúcia não incluiu em pauta de julgamento do plenário presencial do STF o mérito das referidas ações. Conforme leciona Victor Trigueiro:

---

position, deciding a polarizing case at all, at any point in time, could lead to the destruction of the court.” (FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts. *Comparative Constitutional Law*, Northampton, p. 628, 2011.)

25. A definição da pauta diz respeito à “possibilidade de o Tribunal constitucional (ou alguns de seus integrantes ou formações) determinar de maneira amplamente discricionária a ordem de julgamento, agilizando ou dificultando o efetivo acesso à justiça constitucional”. (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 4357-4377, Brasília: Conpedi, 2008, p. 4359-4360.)
26. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 76, 2022.
27. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 4357-4377, Brasília: Conpedi, 2008, p. 4361.

“a presidente resistiu a designar data para o julgamento das ADCs durante todo o ano de 2018, a despeito da relevância do bem jurídico tutelado, protegido pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal, da pressão da opinião pública, da imprensa, dos partidos políticos, do Congresso Nacional e da comunidade jurídica.”<sup>28</sup>

Foi a pressão colocada pelo Ministro Luiz Edson Fachin e pelo ex-Ministro Celso de Mello que fez com que a presidente à época pautasse o tema. Embora discordassem no mérito da questão, os dois ministros concordavam “que a pauta do Plenário, embora de competência do presidente do STF, não pode ser elaborada de maneira solitária a partir de atos de vontade”<sup>29</sup>.

Não é de hoje que alguns ministros defendem que a pauta de julgamento deve ser elaborada de forma diferente, com a adoção de novos critérios para a sua definição. Em dezembro de 2016, o Ministro Fachin sugeriu a “gestão coletiva da pauta”, por entender que todos os ministros deveriam participar da escolha dos processos a serem discutidos em plenário. Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, ao presidir o STF entre os anos de 2008 e 2010, “tinha o costume de elaborar a pauta e enviar aos colegas para que acrescentassem processos que considerassem importantes – e para alertar sobre a necessidade de se discutir determinados processos sobre assuntos relevantes, mas cujos relatores ainda não haviam liberado o voto”<sup>30</sup>.

Diante desse contexto, é possível visualizar que a sistemática adotada no plenário físico (concentração do poder de pauta no presidente do STF) pode não ser o melhor modelo para permitir um amplo acesso à justiça, na medida em que acaba criando filtros de seletividade para acessar a Corte. Assim, um modelo que descentralize esse poder de pauta entre os demais ministros, a exemplo dos ministros relatores, pode se apresentar como um melhor modelo para se atingir o direito

---

28. TRIGUEIRO, Victor Guedes. *O jogo de pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância*. Londrina: Thoth, 2023. p. 7.

29. MINISTROS COBRAM MUDANÇAS NA ELABORAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTOS NO PLENO DO STF. *ConJur*, 21 mar. 2018. Disponível em: [<https://conjur.com.br/2018-mar-21/ministros-cobram-mudancas-elaboracao-pauta-pleno-stf>]. Acesso em: 02.11.2023.

30. MINISTROS COBRAM MUDANÇAS NA ELABORAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTOS NO PLENO DO STF. *ConJur*, 21 mar. 2018. Disponível em: [<https://conjur.com.br/2018-mar-21/ministros-cobram-mudancas-elaboracao-pauta-pleno-stf>]. Acesso em: 02.11.2023.

fundamental à tutela jurisdicional efetiva<sup>31</sup>, como parece ocorrer na sistemática adotada pelo plenário virtual, a qual será analisada no tópico seguinte deste ensaio.

### 3. A IMPLEMENTAÇÃO DO PLENÁRIO VIRTUAL NO STF E A EXTENSÃO DO PODER DE PAUTA PARA OS RELATORES

Atualmente, os julgamentos no STF podem ocorrer de duas formas: em ambiente presencial (síncrono), de forma presencial ou de forma remota (por videoconferência); ou em ambiente virtual (assíncrono), pelo chamado “plenário virtual”, o qual ocorre por meio de um sistema eletrônico.

O plenário virtual se divide em dois modelos: o plenário virtual próprio da sistemática da repercussão geral e os julgamentos por meio de sessões virtuais, em que os ministros poderão apreciar todo o tipo de matéria de todo o tipo de classe processual. De forma resumida, o plenário virtual consiste em um sistema em que é possível fazer o registro e a contagem dos votos proferidos pelos ministros, possibilitando a realização de julgamentos de forma integralmente remota<sup>32</sup>.

Esse sistema começou a ser utilizado no ano de 2007, a partir da Emenda Regimental 21/2007<sup>33</sup>. De início, sua utilização restringia-se à apreciação da existência ou rejeição de repercussão geral em recursos extraordinários. Com as Emendas Regimentais 51/2016, 52/2019 e 53/2020, houve uma ampliação da competência do

31. Luiz Guilherme Marinoni sustenta que “o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, afirma que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva”. (MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. VII, p. 205, 2004.)

32. “O plenário virtual consiste na votação digital, por parte dos ministros, das matérias submetidas à sua apreciação, tornando despidiendas as sessões, antes, destinadas a tal finalidade.” (NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. *Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. Doutrinas essenciais – Novo processo civil*, 2018. v. 2, p. 997-1019, esp. p. 1005.)

33. “O julgamento por meio eletrônico no Supremo Tribunal Federal (sistema popularmente conhecido como plenário virtual) foi instituído a partir da Emenda Regimental 21, de 30 de abril de 2007, destinando-se inicialmente apenas à apreciação e decisão pelos Ministros do preenchimento do requisito da repercussão geral em recurso extraordinário, com o escopo de conferir a necessária agilidade ao procedimento.” (GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. *A expansão dos julgamentos em meio eletrônico no Supremo Tribunal Federal. Práticas inovadoras da jurisdição: a experiência da magistratura gaúcha*. Porto Alegre: Ajuris, 2020. p. 63-77, esp. p. 64-65.)

plenário virtual, em que, agora, todos os processos de competência do STF podem ser julgados por esse modelo virtual.

Essa ampliação da competência do plenário virtual foi impulsionada por causa das medidas de distanciamento social impostas pela pandemia de Covid-19. Durante o referido período pandêmico, o plenário virtual se mostrou uma ferramenta essencial para a garantia do acesso à justiça, além de também garantir celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Hoje, a importância do ambiente virtual nos julgamentos do STF é notória. No ano de 2022, das 12.965 decisões proferidas pelo STF, 12.818 decisões foram proferidas em ambiente virtual (98,9%), e somente 147 decisões foram proferidas presencialmente (1,1%)<sup>34</sup>.

Apresentadas essas considerações introdutórias, passa-se a analisar como funciona o procedimento dos julgamentos em sessão virtual. Inicialmente, o ministro relator libera o seu processo para julgamento virtual (pauta): ele irá escolher em qual sessão deseja submeter a julgamento aquele processo<sup>35</sup>. Inserindo o processo em uma determinada sessão, o relator já terá conhecimento da data de início e de fim dessa sessão (calendário).

Barbosa e Glezer sustentam que, se o relator optar por remeter os autos para o plenário ou turmas virtuais:

“o processo é inserido em uma lista com numeração anual, em ordem crescente e sequencial para cada relator. É, portanto, o relator, ou o vistor (com concordância do relator), quem escolhe se submete processos ao julgamento em lista, e também quem define quais processos comporão cada lista de julgamento.”<sup>36</sup>

Vale frisar que, para cada lista, o sistema irá designar automaticamente uma data de julgamento em ordem cronológica de liberação.

---

34. BRASIL. STF, *Plenário virtual*. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenario-virtual/>]. Acesso em: 10.10.2023.

35. Virgílio Afonso da Silva leciona que, no plenário virtual, a pauta de julgamento é construída de forma muito distinta daquela dos ambientes físicos e presenciais. “Nela, o poder da presidência é mitigado, porque os processos são julgados na sequência em que são liberados pelos respectivos relatores.” (Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 52, jan.-jun. 2021).

36. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 70, 2022.

O prazo mínimo entre a data da publicação da pauta e o início do julgamento (artigo 935 do CPC)<sup>37</sup> é de seis dias úteis (mesmo prazo para julgamento do processo no ambiente virtualizado). É possível, posteriormente à publicação da pauta e até 48 horas antes do início do julgamento<sup>38</sup>, enviar sustentação oral (os advogados gravam suas sustentações e enviam suas mídias para o sistema)<sup>39</sup>.

Durante a sessão virtual, o ministro relator disponibilizará o relatório e o seu voto. A votação será operacionalizada de acordo com a ação, recurso ou incidente que esteja sendo objeto de análise, ou seja, alguns casos demandarão votação por maioria simples, maioria absoluta ou maioria qualificada (quórum de votação com manifestação mínima, conforme o tipo de julgamento).

Iniciada a votação, os ministros podem acompanhar integralmente o voto do relator; acompanhar o relator, mas apresentar ressalvas quanto a determinado fundamento; divergir do relator; bem como acompanhar a divergência<sup>40</sup>. Vale ressaltar que, mesmo nos casos em que se acompanha o relator, possibilita-se que o ministro apresente seu próprio voto. Os ministros podem modificar os seus votos até o fim da sessão (mudança de posicionamento).

Logo depois do início do julgamento, é possível que os advogados, os procuradores e os demais habilitados realizem esclarecimentos sobre matéria de fato, bem como apresentem memoriais. Concluída a sessão de julgamento virtual, o dispositivo da decisão será lançado ato contínuo à conferência do placar da votação.

---

37. Art. 935 do CPC. Entre a data de publicação da pauta e a da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de 5 (cinco) dias, incluindo-se em nova pauta os processos que não tenham sido julgados, salvo aqueles cujo julgamento tiver sido expressamente adiado para a primeira sessão seguinte.

38. Pedro Adamy alega que “a participação dos advogados e representantes das partes ficou reduzida ao envio de um arquivo eletrônico até 48 horas antes do julgamento”. (Plenário virtual em matéria tributária – Déficit deliberativo e violações constitucionais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, p. 528, 2020.)

39. Art. 21-B, § 2º, do RISTF – Nas hipóteses de cabimento de sustentação oral previstas neste regimento interno, fica facultado à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Defensoria Pública da União, aos advogados e demais habilitados nos autos encaminhar as respectivas sustentações por meio eletrônico após a publicação da pauta e até 48 horas antes de iniciado o julgamento em ambiente virtual.

40. Luis Alberto Reichelt leciona que “ao apresentarem seus votos, os ministros dispõem das seguintes opções de voto: a) acompanho o relator; b) acompanho o relator com ressalva de entendimento; c) divirjo do relator; e d) acompanho a divergência”. (Direito fundamental à publicidade dos atos processuais e forma eletrônica dos atos processuais no âmbito cível: autos eletrônicos, sessões de julgamento virtual e por videoconferência. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 29, n. 114, p. 179, abr.-jun. 2021.)



Ainda, cita-se o fato de que o julgamento virtual pode não terminar dentro do intervalo de duração da sessão de julgamento, situação que fará com que o julgamento fique suspenso. Trata-se do pedido de vista<sup>41</sup> ou da interrupção por pedido de destaque<sup>42</sup>.

Em trabalho anterior, no tocante ao pedido de vista, explicou-se que “a cada ministro é garantida a oportunidade de interromper a sessão plenária caso entenda precisar de mais tempo para refletir sobre alguma questão de um determinado caso”<sup>43</sup>. A disciplina do pedido de vista se encontra no artigo 134 do RISTF, o qual dispõe que: “O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação da ata de julgamento.” Contudo, embora seja previsto o prazo mencionado, muitas vezes ele não é respeitado, tendo em vista inexistir previsão de penalidade contra o ministro que o descumprir. Em dezembro de 2022, apenas foi acrescentado ao artigo 134 do RISTF o § 5º, o qual passou a prever que: “Vencido o prazo previsto no *caput*, os autos estarão automaticamente liberados para a continuação do julgamento.”

41. “Dalmo afirma que ‘é normal que em casos mais complexos o julgador queira algum tempo extra para fazer exame pormenorizado do processo’, mas que o que se vê no STF é que ‘haja possibilidade de engavetamento de processos por meses’. Para o jurista, o regimento interno da Corte é vago quanto aos prazos, por isso haveria a necessidade de que fossem ‘fixadas normas regimentais mais rígidas.’” (ALESSI, Gil. A caixa preta do STF: por que o tribunal julga o que quer quando quer? *El País*, São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620\_578341.html]. Acesso em: 12.10.2023.)
42. “No plenário virtual, os papéis mudam. O poder de agenda do presidente é mitigado, pois o relator pode incluir o caso diretamente na pauta, independentemente da vontade do presidente. O julgamento se inicia automaticamente no dia designado, sem que o presidente tenha sequer o poder de determinar a ordem de apreciação dos casos. Iniciado o julgamento, as ferramentas do pedido de vista e pedido de destaque permitem que os ministros desloquem a discussão para o plenário físico. Ainda assim, quem controla o que e quando julgar no plenário virtual é, em última medida, o relator. A institucionalização de um atalho para a inclusão de um caso na pauta do tribunal altera a dinâmica de poderes de agenda. Sua consequência é concentrar mais poder nas mãos do relator e incentivar cálculos estratégicos para influência na agenda e no resultado dos julgamentos do tribunal.” (BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Quem controla a agenda do Supremo? *Jota*, Brasília, 06 jun. 2020. Disponível em: [https://jota.info/stf/supra/quem-controla-a-agenda-do-supremo-04062020]. Acesso em: 03.09.2023.)
43. VIEIRA, Isabelle Almeida. *Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim*. Londrina: Thoth, 2022. p. 181.

Arguelhes e Ribeiro referem que, “na média, os casos ficam mais de um ano com os ministros – alguns chegam a ficar mais de uma década”<sup>44</sup>. Além disso, mesmo em casos de grande repercussão, os pedidos de vista são utilizados “para adiar uma decisão inclusive quando já havia maioria formada *contra* quem pediu a vista”<sup>45</sup>. Desse modo, verifica-se que o pedido de vista pode representar, na prática, o poder que um único ministro tem de, unilateralmente, remover da agenda da Corte um julgamento já iniciado<sup>46</sup>. Conrado Hübner Mendes sustenta que o pedido de vista “pode acabar deixando ‘casos importantes por alguns anos ‘engavetados’”<sup>47</sup>.

Por sua vez, o pedido de destaque serve para que as partes ou os próprios ministros transfiram a discussão do ambiente virtual para o ambiente físico. Trata-se, portanto, da garantia de que o julgamento será reiniciado em ambiente físico<sup>48</sup>. A disciplina do pedido de destaque se encontra no artigo 21-B, § 3º, do RISTF, prevenindo que: “No caso de pedido de destaque feito por qualquer ministro, o relator encaminhará o processo ao órgão colegiado competente para julgamento presencial, com publicação de nova pauta.”

Analisando a dinâmica anteriormente exposta, conclui-se que houve uma significativa mudança na formação da pauta de julgamento no STF, na medida em que, no plenário físico, era necessário que o relator liberasse o caso para o presidente então pautá-lo, situação que não ocorre na arena virtual, em que os próprios relatores podem se valer desse “poder de pauta”.

Nesse sentido, Barbosa e Glezer asseveram:

“A expansão do ambiente virtual muda a dinâmica de definição da pauta de julgamento no tribunal, potencializando os poderes de agenda do relator, do ministro

44. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018, p. 20-21.

45. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Ministrocracia: o Supremo Tribunal Individual e o processo democrático brasileiro*. *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 20-21, 2018.

46. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político*. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 135, jan.-jun. 2015.

47. MENDES, Conrado Hübner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 357.

48. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. *A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes*. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 74, 2022.

vistor e do ministro que pede destaque. Em contrapartida, há uma possível diminuição do protagonismo do presidente na definição da agenda.”<sup>49</sup>

Sob o ponto, destaca-se ainda a conclusão de Flávia Maia, para quem a consolidação do ambiente virtual no STF acabou introduzindo também alterações no seu próprio funcionamento, a exemplo da diminuição do poder do presidente sobre a pauta a ser apreciada pela Corte, na medida em que, para as votações presenciais, o presidente da Corte monta a pauta do que deve ser julgado. Por sua vez, no plenário virtual, é o relator que insere o processo na lista de votação<sup>50</sup>.

Na mesma perspectiva, Costa e Pedrosa sustentam que o poder de pauta passou a ser distribuído entre os ministros, “no sentido de que utilizam de forma ampla a faculdade regimental de incluir processos na pauta virtual, sem necessidade de anuência do Presidente”. Os autores alegam ainda que a existência de processos pautados por todos os ministros, com exceção do presidente à época, “revela uma massiva aceitação do mecanismo assíncrono no STF e, possivelmente, uma pulverização do poder de agenda”<sup>51</sup>.

Por fim, Victor Trigueiro defende que “a criação do Plenário Virtual, que se tornou um ambiente altamente produtivo na Corte, rearranjou o equilíbrio de forças entre os Ministros”, especialmente, em relação à “iniciativa para a submissão dos casos ao julgamento do Tribunal em sua composição colegiada, enfraquecendo a competência do presidente da Corte”<sup>52</sup>.

Nesse sentido, observa-se que já há vasta literatura defendendo que a ampliação da competência do plenário virtual teve como consequência um aumento nos poderes dos relatores, em especial, no tocante ao seu poder de agenda, bem como uma diminuição do protagonismo do presidente em definir a pauta de julgamentos do STF.

49. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 78, 2022.

50. MAIA, Flávia. Entenda como funciona o plenário virtual no STF: possibilidade de votação virtual começou em 2007 apenas para votação de casos em repercussão geral. *Jota*, 26 jan. 2022. Disponível em: [<https://jota.info/stf/do-supremo/entenda-como-funciona-plenario-virtual-stf-26012022>]. Acesso em: 03.10.2023.

51. COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Helena Martins Rocha. O controle concentrado no plenário virtual do STF: perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 158, jan.-jun. 2023.

52. TRIGUEIRO, Victor Guedes. *O jogo de pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância*. Londrina: Thoth, 2023. p. 31.

#### 4. MITIGAÇÃO DO PODER DE PAUTA DO PRESIDENTE E A CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA POR UMA VIA TRANSVERSA

Conforme demonstrado no tópico anterior, com a expansão das competências do plenário virtual, esse passou a ser o modelo de preferência adotado nos julgamentos do STF, situação que produziu alguns impactos importantes a serem considerados na dinâmica decisória da Corte, tendo em vista que a sistemática adotada no plenário físico é diferente da sistemática adotada no plenário virtual.

No tocante ao plenário físico, Barbosa e Glezer explicam que:

“por meio da liberação para julgamento, o relator exercia, até a expansão do ambiente virtual, duas escolhas: decidia qual órgão decisório – turma ou plenário – iria julgar o processo, e também controlava o tempo dos julgamentos, pois a ele cabia indicar que o caso estava apto a ser incluído no calendário de julgamentos pelo presidente.”<sup>53</sup>

Vale ressaltar que, no plenário físico, o poder de pauta do relator é limitado, na medida em que ele controla quando um caso está disponível à inclusão em pauta pelo presidente (pois é ele que libera o caso para julgamento), contudo, a definição do calendário dos julgamentos e a organização dos trabalhos das sessões de julgamento são atribuições exclusivas do presidente<sup>54</sup>. Nesse caso, constata-se que, mesmo que o processo seja liberado para julgamento pelo relator, ele dependerá de que o presidente o pautar.

Por outro lado, com o plenário virtual, visualiza-se um incremento do poder do relator sobre a pauta de julgamento, uma vez que, nesse ambiente, “o relator não precisa do presidente para ver o julgamento iniciado: basta liberar os autos para o ambiente virtual e o sistema definirá a data de julgamento, em ordem cronológica”<sup>55</sup>.

Sobre essa mudança de paradigma, Barbosa e Esteves pontuam:

“De um lado, alguns veem a Presidência como um fator decisivo para fazer um caso ser julgado pelo tribunal, até mesmo em questões que não se encontram propriamente nas mãos do presidente – como um caso não liberado para julgamento

53. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 79, 2022.

54. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 79, 2022.

55. BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 79, 2022.

pelo relator. De outro, afirma-se que a ampliação da competência do Plenário Virtual para o julgamento de quaisquer casos diminuiu o poder da presidência, já que no ambiente virtual é o relator quem sozinho decide quando um caso será julgado. Afinal, qual das leituras melhor descreve a realidade?<sup>56</sup>

Nesse novo cenário, percebe-se, portanto, uma mitigação do poder de pauta do presidente do STF, na medida em que agora *o que pautar e quando pautar* não está mais a seu crivo exclusivo, sendo este poder pulverizado entre os demais ministros quando do exercício da relatoria no plenário virtual.

Tal situação produz, como consequência, a ampliação do acesso à Corte, considerando uma maior democratização na elaboração da pauta do STF. Explica-se: como, na atual sistemática, a construção da pauta não é mais monopólio do presidente do STF, sendo este poder distribuído entre os relatores, as chances de acesso à Corte podem ter aumentado, na medida em que o poder de pauta não fica mais concentrado em apenas um único ministro. Aumentam-se, portanto, as chances de ver um caso sendo pautado, uma vez que as “barreiras” de acesso à Corte foram enfraquecidas por meio da adoção desse novo modelo, o qual se mostra mais democrático, justamente por descentralizar poder.

Oscar Vilhena Vieira refere que, há muitos anos, já vinha se criticando o enorme poder que o presidente do STF tinha sobre a agenda da Corte. Alega que, com o plenário virtual, “esse poder ficou difuso e foi distribuído entre todos os ministros”, na medida em que agora o “ministro não precisa ficar aguardando o presidente para colocar em plenário um processo de que é relator, se ele acha que é uma questão importante e o presidente não concorda, joga no plenário virtual”. Em sua concepção, essa nova dinâmica se apresenta como “algo muito positivo do plenário virtual: a desconcentração de poderes do presidente”<sup>57</sup>.

Com o mesmo ponto de vista, Godoy e Araújo explicam que, com a expansão do plenário virtual para todos os processos de competência do STF, “o relator pode incluir, para julgamento, no ambiente eletrônico, controvérsias constitucionais até então inéditas – e isso sem qualquer ingerência do presidente do STF na definição da

56. BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação? *Jota*, Brasília, 28 set. 2020. Disponível em: [<https://jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agendapresidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020>]. Acesso em: 03.09.2023.

57. MAIA, Flávia; RECONDO, Felipe. Plenário virtual do STF deve repetir protagonismo em 2022. *Jota*, 26 jan. 2022. Disponível em: [<https://jota.info/stf/do-supremo/plenario-virtual-stf-deve-repetir-protagonismo-2022-26012022>]. Acesso em: 07.09.2023.

pauta”. Como conclusão, referem que a coexistência de duas dinâmicas de controle de agenda “é utilizada estrategicamente pelos ministros, que podem incluir na pauta virtual feitos que o presidente relutava em incluir na presencial”<sup>58</sup>.

Sob essa perspectiva, compreende-se que a sistemática adotada no plenário virtual, em especial com a distribuição do poder de pauta entre os relatores, ainda que por uma via transversa, pode ter contribuído para o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em face da ampliação do acesso à justiça.

Fala-se em uma via transversa pois, muito provavelmente, o escopo inicial da adoção do plenário virtual não fosse a mitigação do poder de pauta do presidente e a atribuição desse poder para os relatores, mas, sim, garantir maior agilidade e celeridade aos julgamentos<sup>59</sup>. Essas duas situações podem ser compreendidas mais como uma consequência da adoção desse modelo do que algo pensado e idealizado especificamente para esse fim.

Por fim, apenas tendo em vista uma maior problematização do debate, traz-se a lume o contraponto feito por Juliana Cesário Alvim, ao referir que, embora essa alteração na dinâmica do plenário virtual, por meio da possibilidade de cada ministro ficar “livre para individualmente pautar casos de sua relatoria a qualquer momento”, não seja em si necessariamente ruim, pontua que “não há regras que limitem o número de casos pautados ou parâmetros para que sejam agrupados, por exemplo, em razão do tema”. Nesse sentido, refere que o resultado dessa situação é que “inúmeros casos importantes, controversos e de alto impacto vêm sendo pautados ao mesmo tempo, de maneira descoordenada e massificada, dificultando seu acompanhamento e controle pela mídia, sociedade e demais poderes”<sup>60</sup>.

---

58. GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do plenário virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1. p. 285, 2022.

59. Mário Guerreiro cita que, também sob a perspectiva da economicidade, a virtualização dos julgamentos representa avanço relevante, ante a redução de gastos com material de escritório e a automação de procedimentos, que passam a demandar menos horas de trabalho e menos investimento de recursos públicos para o exame de cada demanda individual (GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O plenário virtual do Supremo Tribunal Federal. *A Constituição da República segundo Ministros, Juízes auxiliares e Assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 221-230, esp. p. 222).

60. Para um contraponto a essa ideia, Juliana Cesário Alvim sustenta que: “Finalmente, o plenário virtual muda a dinâmica do poder de agenda dentro do tribunal. Normalmente, o presidente da corte centraliza a elaboração da agenda e tem poder de veto, podendo escolher quais dentre os casos liberados pelos relatores serão ou não incluídos na pauta de uma dada sessão. No plenário virtual, cada ministro fica livre para individualmente pautar

Quanto ao ponto, vale questionar acerca da existência de algum mecanismo ou ferramenta que os demais ministros, ou até mesmo o presidente do STF, pudessem se valer para frear ou travar a construção de uma pauta “descoordenada e massificada” pelos relatores no plenário virtual. Ao que parece, o pedido de destaque teria grande serventia para essa finalidade, o qual, como visto, tem por função solicitar que o julgamento de um processo seja interrompido, retirado do plenário virtual e encaminhado para julgamento no ambiente físico.

Um exemplo recente em que essa prática pôde ser encontrada foi no julgamento do RE n. 1.276.977, recurso em que se discutiu a “revisão da vida toda”. No aludido julgamento, o ministro Kassio Nunes Marques, o qual era contrário à revisão das aposentadorias, em 08.03.2022, inusitadamente, pediu destaque (considerando que o resultado do julgamento poderia impactar sobremaneira as contas públicas). Com o pedido, o caso foi reiniciado do zero em plenário físico.<sup>61</sup>

Mostra-se importante frisar que a inclusão do processo destacado na pauta do plenário físico não fica a critério do ministro que realizou o pedido de destaque, mas, sim, do presidente do STF<sup>62</sup>. Portanto, essa ferramenta pode servir como

---

casos de sua relatoria a qualquer momento. Embora essa alteração não seja em si necessariamente ruim, não há regras que limitem o número de casos pautados ou parâmetros para que sejam agrupados, por exemplo, em razão do tema. Como resultado, inúmeros casos importantes, controversos e de alto impacto vêm sendo pautados ao mesmo tempo, de maneira descoordenada e massificada, dificultando seu acompanhamento e controle pela mídia, sociedade e demais poderes.” (Opacidade do plenário virtual, Zika e censura nas escolas: obstáculo ou estratégia? *Jota*, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: [https://jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020]. Acesso em: 03.09.2023.)

61. “Nunes Marques foi o primeiro a votar porque foi o responsável por levar o tema para o plenário físico, uma vez que ele pediu destaque da matéria mesmo após a manifestação de todos os ministros em ambiente virtual, em março deste ano.” (MAIA, Flávia. Revisão da vida toda: Nunes Marques vota contra aposentados e a favor do INSS. *Jota*, Brasília, 30 nov. 2022. Disponível em: [https://jota.info/stf/do-supremo/revisao-da-vida-toda-nunes-marques-vota-contr-a-aposentados-e-a-favor-do-inss-30112022]. Acesso em: 30.10.2023.)
62. “O destaque pode ser formulado por qualquer um dos ministros, e garante que um julgamento seja reiniciado no ambiente físico. Após a interrupção, os autos são devolvidos ao relator, que tem a obrigação de remetê-los ao ambiente físico. Neste caso, o controle da retomada do julgamento fica, inicialmente, nas mãos do relator. Depois da liberação pelo relator, este controle ficará nas mãos do presidente, que define a pauta de julgamento das sessões do plenário físico. [...] o ministro que pede destaque não controla o tempo do julgamento. Ele interrompe o julgamento, mas não define quando este será retomado.



uma espécie de “contrabalança” entre a criação de uma pauta desordenada pelos ministros relatores no plenário virtual e o monopólio da pauta do presidente no plenário físico.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação da competência do plenário virtual gerou impactos diretos no poder de pauta que era exercido pelo monopólio do presidente do STF. Como, na atualidade, todos os processos de competência do STF podem ser julgados pelo modelo virtual, sendo esse o modelo preferencialmente adotado (mais de 98% dos casos julgados pela Corte são apreciados via plenário virtual), a sistemática empregada virtualmente tornou-se mais relevante, sob o ponto de vista quantitativo, do que a sistemática empregada no modelo físico.

No plenário físico, o relator precisa liberar o caso para julgamento para, somente depois, o presidente do STF pautá-lo. No ponto, frisa-se que não há previsão de um prazo específico para que o caso seja pautado, tampouco há previsão de qualquer penalidade para eventual situação de “engavetamento” do processo que aguarda pauta pelo presidente. Por sua vez, a sistemática do plenário virtual ocorre pela liberação, pelo relator, dos autos para o ambiente virtual, vindo o sistema a definir a data para o julgamento em ordem cronológica. Nota-se, nessa hipótese, uma ausência de participação do presidente na construção da pauta, a qual fica a critério dos relatores.

Diante desse cenário, constata-se uma mitigação do poder de pauta do presidente do STF e, por outro lado, um aumento desse poder em relação aos relatores. Tal situação, ainda que indiretamente, acaba por diminuir o filtro de seletividade dos casos que são julgados pela Corte, na medida em que descentraliza o poder de pauta entre os demais ministros.

A tendência, portanto, é que a pauta do STF se torne mais democrática e que haja a diminuição de engavetamentos de determinados casos pela presidência. A desconcentração do poder de pauta na figura do presidente pode resultar em um maior acesso à Corte e, por consequência, em uma maior possibilidade de atingimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

---

Depois de solicitado o destaque, o controle sobre o tempo do julgamento ficará com o relator, a quem caberá liberar os autos para o ambiente físico, e ao presidente, a quem caberá acomodá-lo na pauta.” (BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 64-83, 2022.)

Por fim, conclui-se que o pedido de destaque pode se apresentar como importante ferramenta de equilíbrio entre os ministros na construção da pauta do STF, buscando harmonizar o monopólio exercido pelo presidente do STF em relação ao poder de pauta no plenário físico com uma eventual “descoordenação” da pauta construída pelos ministros relatores no plenário virtual.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMY, Pedro. Plenário virtual em matéria tributária – Déficit deliberativo e violações constitucionais. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, p. 512-533, 2020.
- ALESSI, Gil. Acaixapretado STF: porque o tribunal julga o que quer quando quer? *El País*, São Paulo, 17 jul. 2016. Disponível em: [[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620\\_578341.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/10/politica/1465591620_578341.html)]. Acesso em: 12.10.2023.
- ALVIM, Juliana Cesário. Opacidade do plenário virtual, Zika e censuras nas escolas: obstáculo ou estratégia? *Jota*, Brasília, 12 maio 2020. Disponível em: [<https://jota.info/stf/supra/opacidade-plenario-virtual-zika-censura-escolas-12052020>]. Acesso em: 03.09.2023.
- ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Timing control without docket control: how individual justices shape the Brazilian Supreme Court's Agenda. *Journal of Law and Courts*, v. 5, n. 1, p. 105-140, 2017.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos – CEBRAP*, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, p. 121-155, jan.-jun. 2015.
- BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Plenário virtual e poder de agenda do presidente do STF: diminuição ou consolidação? *Jota*, Brasília, 28 set. 2020. Disponível em: [<https://jota.info/stf/supra/plenario-virtual-agenda-presidente-stf-diminuicao-consolidacao-28092020>]. Acesso em: 03.09.2023.
- BARBOSA, Ana Laura Pereira; ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. Quem controla a agenda do Supremo? *Jota*, Brasília, 06 jun. 2020. Disponível em: [<https://jota.info/stf/supra/quem-controla-a-agenda-do-supremo-04062020>]. Acesso em: 03.09.2023.
- BARBOSA, Ana Laura Pereira; GLEZER, Rubens. A ascensão do plenário virtual: nova dinâmica, antigos poderes. *Revista Política e Sociedade*, v. 21, n. 52, p. 54-104, 2022.
- BRASIL. STF. *Plenário virtual*. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenariovirtual/>]. Acesso em: 10.10.2023.

- COSTA, Alexandre Araújo; PEDROSA, Helena Martins Rocha. O controle concentrado no plenário virtual do STF: perfil das sessões de julgamento e perspectiva de perenidade. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 127-161, jan.-jun. 2023.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. Definição da pauta no Supremo Tribunal Federal e (auto)criação do processo objetivo. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, p. 4.357-4.377, Brasília: Conpedi, 2008.
- ESTEVEES, Luiz Fernando Gomes. Onze ilhas ou uma ilha e dez ilhéus? A presidência do STF e sua influência na atuação do tribunal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 129-154, 2020.
- FONTANA, David. Docket control and the success of constitutional courts. *Comparative Constitutional Law*, Northampton, p. 624-641, 2011.
- GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do Plenário Virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 276-295, 2022.
- GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. A expansão dos julgamentos em meio eletrônico no Supremo Tribunal Federal. *Práticas inovadoras da jurisdição: a experiência da magistratura gaúcha*. Porto Alegre: Ajuris, 2020.
- GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. O plenário virtual do Supremo Tribunal Federal. *A Constituição da República segundo Ministros, Juízes auxiliares e Assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MAIA, Flávia. Entenda como funciona o plenário virtual no STF: possibilidade de votação virtual começou em 2007 apenas para votação de casos em repercussão geral. *Jota*, Brasília, 26 jan. 2022. Disponível em: [<https://jota.info/stf/do-supremo/entenda-como-funciona-plenario-virtual-stf-26012022>]. Acesso em: 03.10.2023.
- MAIA, Flávia. Revisão da vida toda: Nunes Marques vota contra aposentados e a favor do INSS. *Jota*, Brasília, 30 nov. 2022. Disponível em: [<https://jota.info/stf/do-supremo/revisao-da-vida-toda-nunes-marques-vota-contra-aposentados-e-a-favor-do-inss-30112022>]. Acesso em: 30.10.2023.
- MAIA, Flávia; RECONDO, Felipe. Plenário virtual do STF deve repetir protagonismo em 2022. *Jota*, Brasília, 26 jan. 2022. Disponível em: [<https://jota.info/stf/do-supremo/plenario-virtual-stf-deve-repetir-protagonismo-2022-26012022>]. Acesso em: 07.09.2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, v. VII, p. 199-258, 2004.
- MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MINISTROS COBRAM MUDANÇAS NA ELABORAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTOS NO PLENO DO STF. *ConJur*, 21 mar. 2018. Disponível em: [<https://conjur.com.br/2018-mar-21/ministros-cobram-mudancas-elaboracao-pauta-pleno-stf>]. Acesso em: 02.11.2023.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973). 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. V – Arts. 476 a 565.
- NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. *Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil*, 2018. v. 2.
- REICHELDT, Luis Alberto. Direito fundamental à publicidade dos atos processuais e forma eletrônica dos atos processuais no âmbito cível: autos eletrônicos, sessões de julgamento virtual e por videoconferência. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 29, n. 114, p. 169-188, abr.-jun. 2021.
- RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. The agenda-setting crisis in the Brazilian Supreme Court. *International Journal of Constitutional Law Blog*, 2018. Disponível em: [<http://iconnectblog.com/2018/04/the-agenda-setting-crisis-in-the-brazilian-supreme-court>]. Acesso em: 10.09.2023.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan.-jun. 2021.
- TRIGUEIRO, Victor Guedes. *O jogo de pauta no Supremo Tribunal Federal: decidindo não decidir a inconstitucionalidade da prisão em segunda instância*. Londrina: Thoth, 2023.
- VIEIRA, Isabelle Almeida. *Repensando o processo decisório colegiado do Supremo Tribunal Federal: uma crítica ao desenho deliberativo e ao modelo seriatim*. Londrina: Thoth, 2022.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Digital; Constitucional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A "vulnerabilidade eletrônica" e a "sexta onda renovatória de acesso à justiça" na "sociedade 5.0": a tecnologia enquanto obstáculo e facilitadora do acesso, de Maurilio Casas Maia – *RT* 1052/39-56;
- Aspectos polêmicos da colegialidade no Processo Civil (parte 3 de 3): riscos e benefícios da sessão colegiada virtual, de Vitor de Santa Rita Loureiro – *RePro* 357/155-188; e
- Decisões individuais e os seus reflexos no comportamento institucional do Supremo Tribunal Federal, de Taynara Tiemi Ono e Daniela Marques de Moraes – *RT* 1053/61-77.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# O CABIMENTO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NA HIPÓTESE DE ALTERAÇÃO DA COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO QUE PROFERIU A DECISÃO EMBARGADA (ART. 1.043, § 3º, CPC/2015) E O MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES

*THE APPLICABILITY OF "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA" IN THE EVENT OF CHANGE IN THE COMPOSITION OF THE COLLEGIATE THAT MADE THE EMBARGED DECISION (ART. 1,043, § 3º, CPC/2015) AND THE BRAZILIAN PRECEDENTS MODEL*

**WILLIAM SANTOS FERREIRA**

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor concursado de direito processual civil da Graduação. Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sendo também professor convidado dos cursos de pós-graduação "lato sensu" em direito processual civil, direito empresarial, direito contratual, direito do consumidor e direito imobiliário (PUC-COGEAE). Coordenador do Curso de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Imobiliário da PUC-SP. Membro Efetivo do *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* (IIDP). Membro Efetivo, duas vezes Secretário-adjunto de São Paulo, e Vice-diretor de Publicações do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Conselho do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Sócio Benemérito da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC). Coordenador Líder do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPQ: "Processo civil: tradições, transformações e perspectivas avançadas", que tem como linha de pesquisa: "Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis". Advogado e Consultor jurídico. [wsf@wff.com.br](mailto:wsf@wff.com.br)

**CRISTIANE DRUVE TAVARES FAGUNDES**

Pós-doutorada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal. Doutora, Mestra e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Pós-graduada em Direito Público pelo centro de Atualização em Direito Gama Filho. Professora da pós-graduação da PUC-SP (COGAE); da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo e Campinas); da Escola Paulista de Direito (EPD); da Escola Superior de Advocacia (ESA); da Escola Superior do Ministério Público. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Membro do Grupo de Pesquisa "Tradições, Transformações e Perspectivas Avançadas" da PUC-SP. Advogada. [cdruve@hotmail.com](mailto:cdruve@hotmail.com)

**Laura Cardoso Kalil Vilela Leite**

Assistente na disciplina de Direito Processual Civil (Prof. Dr. William Santos Ferreira) na Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro do Grupo de Pesquisa "Tradições, Transformações e Perspectivas Avançadas" da PUC-SP. Advogada. [laurackvileite@gmail.com](mailto:laurackvileite@gmail.com)

Recebido em: 24.07.2024  
Aprovado em: 22.08.2024

## ÁREA DO DIREITO: Processual

**RESUMO:** Este artigo propõe contribuir com os estudos sobre os embargos de divergência, por meio da análise de sua função primordial (uniformização da jurisprudência) à luz da específica hipótese de cabimento decorrente da mudança significativa na composição do órgão julgador (art. 1.043, § 3º, CPC/2015). Conclui-se, por meio deste trabalho, que o cabimento dos embargos de divergência mediante o confronto de decisões de mesmo órgão fracionário representa uma ameaça significativa ao sistema de precedentes brasileiro, desviando-se da finalidade precípua da mencionada espécie recursal, assim como dos eixos paradigmáticos de coerência, integridade, estabilidade e uniformidade pretendidos pelo legislador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Embargos de divergência – Alteração – Composição – Colegiado – Processo civil.

**ABSTRACT:** This scientific paper proposes to contribute to the studies on “embargos de divergência” by analyzing its primary function (jurisprudential uniformity) in light of the specific hypothesis of their use due to significant changes in the composition of collegiate (art. 1,043, § 3, CPC/2015). The study concludes that permitting “embargos de divergência” based on comparing decisions from the same judicial panel is a significant threat to the Brazilian precedent system, diverging from the primary purpose of this type of appeal, as well as from the paradigmatic principles of coherence, integrity, stability, and uniformity intended by the legislator.

**KEYWORDS:** Embargos de divergência – Alteration – Composition – Collegiate – Civil procedure.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A função dos embargos de divergência. 3. Hipóteses de cabimento. 3.1. Acórdãos recorrido e paradigma oriundos de órgãos prolores diferentes. 3.2. Acórdãos recorrido e paradigma oriundos de mesmo órgão prolator que tenha sofrido alteração na composição (art. 1.043, § 3º, CPC/2015). 4. Notas conclusivas. 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O<sup>1</sup> recurso de embargos de divergência é espécie recursal direcionada exclusivamente para os Tribunais Superiores, visando à uniformização de sua jurisprudência. Foi tal recurso inserido no ordenamento jurídico brasileiro em 1949, quando restou previsto que “são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno”<sup>2</sup>. Em termos de nomenclatura, comparativamente com o CPC/1973, ocorreu mera diminuição do nome da espécie recursal de “embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário” para “embargos de divergência”<sup>3</sup>. Após diversas

1. O presente artigo é resultado de pesquisas realizadas no Grupo de Pesquisas: “Processo Civil: Tradições, transformações e perspectivas avançadas” (TTPA), da PUC-SP, registrado no CNPQ e integrado à Rede internacional de pesquisadores de processo ProcNet.
2. Conforme doutrina de SHIMURA, Sergio Seiji. *Embargos de divergência*. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 414.
3. Nos termos informados por BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

F., W. S.; F., C. D. T.; L., L. C. K. V. O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes.

*Revista de Processo*. vol. 359. ano 50. p. 257-283. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2025.



alterações legislativas, tem tal modalidade recursal expressa previsão no Código de Processo Civil de 2015 nos artigos 994, inciso IX, 1.043 e 1.044.

O presente estudo inicia com o exame de qual seria a função desempenhada por esse relevante recurso, principalmente sob a égide de um Código de Processo Civil que pretende fazer com que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e mantenham-na estável, íntegra e coerente (art. 926). Tal função, quando pensada em relação aos Tribunais Superiores, ganha ainda maior relevância, considerando o próprio mister desempenhado constitucionalmente por essas Cortes, qual seja, ditar a última palavra no que diz respeito à interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Serão, ainda, objeto de análise as hipóteses tradicionais de cabimento dos embargos de divergência, para que, somente após tal verificação, se atinja o cerne do presente estudo: a hipótese de cabimento decorrente do cotejo entre acórdãos de mesmo órgão julgador, desde que tenha esse órgão sofrido alteração significativa de sua composição (art. 1.043, § 3º, CPC/2015).

O pano de fundo de toda a referida investigação será verificar se a hipótese prevista no dispositivo mencionado está de acordo com a função desempenhada pelos embargos de divergência e, ainda, com o que se pretende do modelo brasileiro de precedentes.

## 2. A FUNÇÃO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Pode-se afirmar, com alta margem de segurança, que a função precípua dos embargos de divergência é a uniformização interna do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, quando há discrepância de posições entre órgãos fracionários e qualquer outro órgão do mesmo Tribunal. Seu objetivo é, portanto, eliminar uma divergência *intra muros*<sup>4-5</sup>.

Assim, o acórdão recorrido<sup>6</sup> – objeto dos embargos de divergência – é confrontado com outro proferido por qualquer outro órgão do mesmo Tribunal – denominado

4. Conforme entendimento de DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 385).
5. Arruda Alvim afirma que “tem este recurso a finalidade de eliminar divergência no seio do mesmo tribunal, sendo aplicável tão somente aos tribunais superiores (STJ e STF)” (*Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 545).
6. Sob a égide do CPC/1973, exigia-se que a decisão recorrida fosse proferida por *turma* do STJ ou do STF. Alterou-se, portanto, essa previsão, exigindo o CPC/2015 apenas que seja o acórdão oriundo de “órgão fracionário”.

acórdão paradigma –, que tenha entendimento diverso daquele. Pretende-se, em um primeiro momento, unificar o entendimento do Tribunal Superior acerca daquela matéria e, ato contínuo, se for o caso, reformar ou anular o acórdão recorrido.

Daí a correta afirmação constante de julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “os embargos de divergência destinam-se a promover a uniformização da jurisprudência desta Corte. Não se prestam, pois, à mera revisão do acerto ou desacerto do acórdão embargado”.<sup>7</sup>

É por isso que resta inequívoco que, justamente por ser o objetivo dos embargos de divergência a uniformização interna da jurisprudência dos Tribunais, é inadmissível, portanto, a colação de acórdãos paradigmas de outros tribunais.<sup>8</sup> O cotejo, portanto, a ser realizado pelo embargante deverá levar em consideração julgados do próprio Tribunal Superior ao qual são destinados os embargos de divergência.<sup>9</sup>

Oportuno que se diga que será cabível tal modalidade recursal quando ocorrer divergência tanto na aplicação do direito material quanto do direito processual (art. 1.043, § 2º, do CPC/2015).

A previsão desta espécie recursal acaba por concretizar, na prática, as linhas mestras de qualquer modelo de precedentes (inclusive o brasileiro), segundo as quais casos idênticos devem ser tratados de forma idêntica. Não é por outro motivo que o CPC/2015 traz, em termos principiológicos, um de seus eixos paradigmáticos estampados no artigo 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

É por isso que se afirma: “Os embargos de divergência são basilares para o combate a uma jurisprudência inconstante nos tribunais superiores, funcionam como um poderoso mecanismo de uniformização jurisprudencial, almejando a harmonia dos seus julgados”.<sup>10</sup>

Ratificando a função uniformizadora dos embargos de divergência, o Ministro Celso de Mello, em interessante julgado de sua relatoria, aduz que tal recurso

---

7. Ag. Reg. nos Emb. Div. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no RE 355.796/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.02.2011.

8. Neste sentido, é o teor do Tema 1, da série “Jurisprudência em teses” 170, do Superior Tribunal de Justiça.

9. Neste contexto, “A realização do cotejo analítico entre o acórdão embargado e o aresto paradigma, com a demonstração da similitude fática e jurídica, é requisito de admissibilidade dos embargos de divergência” (Jurisprudência em Tese 172, tese 6).

10. Conforme doutrina de Rodrigo Cunha Lima Freire e Vinicius Silva Lemos (Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante. *Revista de Processo*, v. 299, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan./2020. p. 326).

suprime “em obséquio ao princípio da certeza e da segurança jurídicas, os dissídios interpretativos que se registrem entre as Turmas ou que antagonizem uma das Turmas ao próprio Plenário desta Corte”<sup>11</sup>.

Tal previsão normativa é tanto mais importante quando se pensa na função precípua dos Tribunais Superiores, que reside justamente na uniformização do direito constitucional e infraconstitucional. Razoabilidade alguma existe em ostentarem tal mister os Tribunais Superiores e internamente ainda remanescerem divergências quanto à aplicação das normas postas à sua apreciação.

Neste sentido, como bem doutrina Teresa Arruda Alvim, se a função das Cortes Superiores

“[...] é manter a unidade e a coerência do direito – no plano do direito infraconstitucional e constitucional –, é justamente este recurso que tem a função de legitimá-las, possibilitando que exerçam plenamente a função para a qual foram criadas.”<sup>12</sup>

Papel manifestamente fulcral, portanto, desempenham os embargos de divergência no ordenamento jurídico brasileiro.

Atualmente, a questão referente à função desempenhada pelos embargos de divergência ganhou novas cores, em decorrência do modelo brasileiro de precedentes. Isso porque tem sido objeto de questionamento se os acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência são ou não precedentes *formalmente vinculantes*.

Para exame desta questão, é importante lembrar a competência para julgamento dos embargos à divergência. No Superior Tribunal de Justiça, se a decisão recorrida for de *turma* e estiver divergindo de outra *turma da mesma seção*, é a *seção* que julgará os embargos. Se a divergência for entre *turmas de seções diferentes* ou *com decisão proferida por outra seção ou pela Corte Especial*, a competência será da *Corte Especial*. Se o acórdão recorrido for de *seção* confrontado com acórdão paradigma de *outra seção* ou da *Corte Especial*, será esta que julgará os embargos. No Superior Tribunal Federal, a competência será do *plenário*, esteja a Turma divergindo *da mesma*, de *outra turma* ou do *próprio Plenário*<sup>13</sup>.

11. Emb. Div. no RE 318.469-5/DF, j. 03.10.2002.

12. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Embargos de Divergência. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 605.

13. Conforme lição de DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 v. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 390).

Oportuno que se diga que o acórdão proferido quando do julgamento desse recurso não consta entre aqueles pronunciamentos judiciais que – pela letra da lei – devem ser observados por juízes e tribunais. Assim, deixou o legislador de inseri-lo no rol do artigo 927, do CPC/2015<sup>14-15</sup>. Daí, portanto, a imensa divergência doutrinária quanto a se tratar ou não o acórdão oriundo do referido recurso de padrão decisório de observância obrigatória.

Entendendo que, ainda que não conste formalmente do rol do artigo 927, do CPC/2015, trata-se de precedente vinculante, encontram-se, por exemplo, Rodrigo Cunha Lima Freire e Vinicius Silva Lemos, em artigo com bons fundamentos neste sentido<sup>16</sup>.

Os autores do mencionado artigo sustentam que a vinculatividade da decisão dos embargos de divergência deriva do fato de que tal decisão será proferida, em regra,<sup>17</sup> pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais Superiores, o que encontraria respaldo na hipótese veiculada pelo art. 927, V, do Código de Processo Civil.

Ademais, desenvolve-se notável paralelo entre as premissas constantes do incidente de assunção de competência e do instituto dos embargos de divergência, com foco na compartilhada função precípua de uniformização de jurisprudência

14. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
15. Há variados entendimentos doutrinários acerca da vinculatividade ou de todo o rol previsto no art. 927. Sobre o assunto, vide a obra de um dos coautores que trata da questão de forma exauriente (FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Londrina: Thoth, 2021).
16. FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; LEMOS, Vinicius Silva. Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante. *Revista de Processo*, v. 299. São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan./2020, p. 321-360.
17. Como salientado pelos autores, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça dispõe sobre hipótese de julgamento dos embargos de divergência pela Seção (RISTJ, art. 12, parágrafo único), o que afastaria por si só a incidência do art. 927, V, do Código de Processo Civil. Respeitosamente, contudo, discordamos da justificativa construída sobre tal previsão, qual seja a de que, “de certo modo, a vinculação construída é no seu alcance máximo, uma vez que as outras turmas não julgam tal matéria” (Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante. *Revista de Processo*, v. 299, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan./2020. p. 330).

e o conseqüente deslocamento da demanda para um colegiado maior. A conclusão obtida dessa extensa construção foi a de que, pela semelhança das premissas, “se o incidente de assunção de competência tem o condão de vincular legalmente a decisão ali formada, os embargos de divergência devem ser encarados da mesma maneira”.

Neste particular, apesar da relevante função uniformizadora desempenhada, não entendemos que o acórdão proferido em sede de embargos de divergência tenha sido inserido como precedente formalmente vinculante pelo legislador. É assim é pelo fato de que não inseriu o legislador tal hipótese de forma expressa no artigo 927, do CPC/2015, além de não haver qualquer outro dispositivo que atribua a tal hipótese a obrigatoriedade de observância por juízes e tribunais. E diante desta escolha legislativa, inclusive diante da ausência de instrumentos de estímulo à participação da sociedade em contraditório sócio-coletivo, especialmente com a presença de *amici curiae*, justificam a posição externada.

Independentemente do entendimento que se tenha sobre a vinculatividade formal ou não dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência, não se pode deixar de atribuir a tais pronunciamentos uma relevância ímpar no sistema recursal brasileiro, uma vez que não é pouco afirmar que tal modalidade recursal tem por função *uniformizar* o entendimento das Cortes Superiores acerca da legislação federal e constitucional. Trata-se, segundo entendemos, de acórdão que deve, sim, ser seguido por sua respeitabilidade, ainda que não se possa falar em obrigatoriedade formal.

Independentemente de se entender o acórdão oriundo de embargos de divergência como formalmente vinculante ou não, a própria função por tal recurso desempenhada deve, por si só, gerar respeitabilidade, diante da relevância de seu mister uniformizador.

### 3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

A título de introdução, pelo fato de se tratar de um recurso vocacionado à uniformização interna de entendimentos nas Cortes Superiores, deverá o recorrente proceder a um cotejo entre acórdão recorrido e acórdão paradigma. Para tanto, confrontar-se-ão as teses jurídicas versadas nos acórdãos (art. 1.043, § 1º, do CPC/2015), cabendo ao recorrente declinar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados (art. 1.043, § 4º, do CPC/2015).

Dito isto, passa-se à análise das hipóteses de cabimento do referido instrumento recursal, iniciando-se pelas hipóteses clássicas para que, somente então, se chegue ao efetivo cerne deste artigo, que é a previsão do artigo 1.043, § 3º, do CPC/2015.

F, W. S.; F, C. D. T.; L, L. C. K. V.. O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes. *Revista de Processo*, vol. 359, ano 50, p. 257-283, São Paulo: Ed. RT, janeiro 2025.

### 3.1. Acórdãos recorrido e paradigma oriundos de órgãos prolores diferentes

O Código de Processo Civil de 2015, após alterações perpetradas pela Lei 13.256/2016<sup>18</sup>, previu, em linhas gerais, duas hipóteses de cabimento de embargos de divergência no *caput* do artigo 1.043. O que há de comum entre elas é que, em ambas, tanto o acórdão recorrido quanto o paradigma são oriundos de órgãos prolores diferentes: o acórdão embargado deve se originar de órgão fracionário e o acórdão paradigma de qualquer outro órgão do mesmo tribunal.

A primeira delas (inciso I) prevê que pode ser objeto dos embargos o acórdão de órgão fracionário que “em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito”. Daniel Amorim Assumpção Neves assinala que tal inciso, assim como o inciso III do mesmo dispositivo, “seguem a tradição CPC/1973 ao preverem como embargáveis os acórdãos de recurso especial e de recurso extraordinário”<sup>19</sup>.

A segunda hipótese de cabimento dos embargos de divergência (inciso III) prevê ser embargável acórdão de órgão fracionário que, “[...] em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.”

Esta previsão legislativa decorre de uma prática muitíssimo deletéria dos Tribunais: muitas vezes, o Tribunal adentra o mérito da questão objeto do recurso, mas, inexplicavelmente, o declara como não conhecido. Ou seja, a despeito de reputar o recurso inadmitido em virtude, por exemplo, de suposta ausência de prequestionamento, acaba por apreciar sua controvérsia, no mérito.

18. Especificamente no que respeita o objeto do presente artigo, a Lei 13.256/2016 alterou o Código de Processo Civil de 2015 para suprimir duas hipóteses de cabimento de embargos de divergência. A primeira delas contra acórdão de órgão fracionário que, em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergisse do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, relativos ao juízo de admissibilidade (CPC, art. 1.043, II). A outra hipótese de cabimento revogada previa a oposição de embargos de divergência contra acórdão de órgão fracionário que, nos processos de competência originária, divergisse do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal (CPC, art. 1.043, IV). Outra relevante alteração trazida pela Lei 13.256/2016 foi a revogação do § 5º do art. 1.043 do diploma processual cível, segundo o qual seria “vedado ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção.”

19. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. ú. p. 2.210.

O dispositivo legal ora em apreço reconhece essa deletéria realidade pretoriana e inclui o acórdão que não tenha conhecido do recurso, mas tenha apreciado a controvérsia, como viabilizador do cotejo analítico para fins de cabimento de embargos de divergência<sup>20</sup>.

As duas hipóteses de cabimento analisadas versam, mesmo com alguns ajustes redacionais, sobre hipóteses mais clássicas de cabimento de embargos de divergência, uma vez que, de qualquer forma, em ambas é o cotejo entre acórdãos de órgãos diferentes que viabiliza a sua interposição.

### 3.2. Acórdãos recorrido e paradigma oriundos de mesmo órgão prolator que tenha sofrido alteração na composição (art. 1.043, § 3º, CPC/2015)

O cerne do presente artigo é a análise do dispositivo legal segundo o qual são cabíveis embargos de divergência “quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros” (art. 1.043, § 3º, do CPC/2015). Trata-se de dispositivo efetivamente inovador, sem correspondente no diploma processual revogado.

Apesar do silêncio legislativo, sob a égide do CPC/1973, já havia intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de a alteração da composição do órgão julgador viabilizar a interposição de embargos de divergência, com a realização de cotejo entre acórdãos deste mesmo órgão julgador alterado.

Parte da doutrina existente sobre o tema entendia que, “Se a composição da Turma se alterar, de molde a gerar discrepância da jurisprudência, então mostra-se viável o recurso de embargos de divergência, embora seja da *mesma turma*”<sup>21</sup>.

Também podiam ser localizados julgados dos Tribunais Superiores neste mesmo sentido.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, chegou a se manifestar no sentido da existência de uma *tendência* de viabilizar o cabimento de embargos de divergência na hipótese de alteração da composição da turma julgadora<sup>22</sup>. Neste aresto, falou-se, inclusive, que

20. Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves doutrina que essa previsão legislativa pode ser creditada à “indevida confusão entre juízo de admissibilidade e de mérito nos recursos excepcionais” (*Novo CPC Comentado artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1825).

21. Esse era o posicionamento de Sergio Seiji Shimura (Op. cit., 1997, p. 420, destaque no original).

22. “A Jurisprudência tende a admitir embargos de divergência entre arestos de uma só Turma, quando a composição do colegiado tenha sofrido grande alteração, no período que



“[...] os acórdãos postos em confronto foram produzidos por composições sensivelmente modificadas”, o que viabilizaria a interposição desta espécie recursal. Ademais, aduziu-se que “esta orientação coincide com o escopo de justiça que orienta o processo e resguarda a coerência que deve existir nas decisões judiciais.”

Não se tratava, no entanto, de posicionamento efetivamente pacífico. Ao contrário, nesta mesma Corte, havia julgados entendendo incabíveis os embargos de divergência mediante o confronto de decisões de mesmo órgão fracionário. Aduzia-se, para tanto, que “A legislação processual somente admite o conhecimento dos embargos de divergência na hipótese de interpretações conflitantes sobre a mesma tese jurídica feitas por órgãos distintos do mesmo Tribunal Superior” Logo, “Aresto da mesma Turma que proferiu a decisão embargada não se presta à demonstração do dissídio pretoriano”<sup>23-24</sup>.

Asseverava-se, ainda, nos julgados de mesmo teor, que, “Nos termos do art. 266 do RISTJ, acórdãos originários de uma mesma Turma julgadora não servem para demonstrar o dissídio pretoriano que autoriza a interposição dos embargos de divergência.”<sup>25</sup>

Havia, portanto, vedação regimental para tanto.

Observe-se que o fundamento básico para o não cabimento de embargos de divergência na hipótese de alteração da composição da turma que proferiu a decisão embargada residia fundamentalmente na existência de exigência expressa de que os órgãos fracionários fossem distintos. Daí a inviabilidade de conhecimento do recurso quando acórdão recorrido e paradigma fossem emanados do mesmo órgão fracionário.

---

mediou a produção dos Acórdãos em confronto” (1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 29.521-0/PR, j. 30.05.1995).

23. Neste sentido: AgRg nos Embargos de Divergência em REsp 419.266/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 26.05.2004.
24. No mesmo sentido: AgRg nos Embargos de Divergência em RESP 807.980/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.04.2014; AgRg nos EREsp 1.184.189/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, DJe 28.09.2012; Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 217.708/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 29.05.2000; EREsp 7.861-MG DJU de 19.08.1991, Primeira Seção, Rel. Min. Garcia Vieira; Agravo Regimental no EREsp 3.836-MG, DJU de 24.06.1991; Segunda Seção, Rel. Min. Nilson Naves; Agravo Regimental no EREsp 12.396-GO, DJU de 17.08.1992, Segunda Seção, Rel. Min. Fontes de Alencar.
25. AgRg nos EREsp 1.232.028/RO, Rel. Min. Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 13.09.2012.

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal, prevalecia, à luz do Código revogado, o entendimento pelo não cabimento de embargos de divergência quando se invocasse dissídio oriundo de alteração da composição do órgão fracionário.

Fundamentava-se tal entendimento no sentido de que,

“[...] à luz dos termos literais dos arts. 330 do RISTF e 546, II, do CPC, que embargos de divergência somente se admitem contra acórdão de Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divirja de julgado da outra Turma, ou do Pleno.”<sup>26-27</sup>

Expressamente, no voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, foi feita menção à ausência do requisito da “diversidade orgânica” exigida pela lei para fins de cabimento dos embargos.

Em julgado de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, fundamentou-se o mesmo entendimento no sentido de que haveria, inclusive, *manifesta inadmissibilidade*, por estarem os embargos fundados em paradigma da mesma Turma, o que afastaria o necessário requisito da diversidade orgânica.<sup>28-29</sup>

A identidade de turmas prolatoras dos acórdãos, conforme consta de outro julgado<sup>30</sup>, tratava-se de “razão decisiva” para a inadmissibilidade dos embargos de divergência. E, em outro aresto, entendeu-se que se tratava de paradigma impertinente aquele oriundo da mesma turma que proferiu o acórdão embargado<sup>31</sup>.

Acórdão absolutamente essencial para que se entenda o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a égide do CPC/1973, foi relatado pelo Ministro Celso de Mello, nos seguintes termos:

“Impende ter em consideração, dentre os diversos pressupostos de embargabilidade que condicionam a adequada interposição da espécie recursal em causa, o requisito da diversidade orgânica.

26. Pleno, Embargos de Divergência nos ED no Ag Reg. No agravo de instrumento 339.377-1/GO, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 20.08.2009.

27. No mesmo sentido: Emb. Div. AgR RE 156.563, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 12.05.2006.

28. Emb. Decl. nos Emb. Div. no Ag. Reg. no RE com agravo 711.508, j. 12.12.2013.

29. Também de relatoria da Min. Cármen Lúcia, no mesmo sentido: RE 593.126-AgR-ED-ED-v-AgR, Plenário, DJe 23.02.2011.

30. Emb. Div. no RE 232.577/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 17.02.2010.

31. Ag. Reg. nos Emb. Div. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no RE 355.796/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.02.2011.

Isso significa, tratando-se do recurso em questão, que o padrão de divergência – para ser validamente invocado como expressão do dissídio interpretativo – há de consubstanciar-se em acórdão emanado, ou do Plenário ou de outra turma do Supremo Tribunal Federal, pois não se reveste de idoneidade processual, para efeito de demonstração do conflito pretoriano, a indicação de acórdão proferido pela própria Turma de que proveio a decisão contra a qual foram opostos os embargos de divergência.”<sup>32</sup>

Em regra, portanto, em estando ausente a denominada *diversidade orgânica*, incabíveis seriam os embargos de divergência.

É oportuno que se diga, por honestidade intelectual, que, no referido acórdão, chegou-se a aventar a possibilidade abstrata do cabimento de embargos de divergência na “hipótese excepcional de a Turma haver sofrido substancial modificação em sua composição”, o que, no entanto, não se verificara no caso concreto. Todos os excepcionais precedentes citados pelo Ministro Relator são bastante antigos, por óbvio, anteriores ao acórdão proferido no ano de 2002. Tal entendimento, no entanto, não restou vencedor no STF.

No Supremo Tribunal Federal, havia entendimento efetivamente majoritário neste sentido, encontrando-se, inclusive, arestos anteriores à vigência do CPC/1973, corroborando a tese de que acórdão da mesma Turma não se prestaria ao confronto exigido nos embargos de divergência<sup>33</sup>. Aliás, ainda em data anterior ao CPC/1973, veio a lume o Enunciado de Súmula 353, aprovado na Sessão Plenária de 13.12.1963, que tem a seguinte redação: “São incabíveis os embargos da lei 623, de 19/2/1949, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal”<sup>34</sup>.

32. Emb. Div. no RE 318.469-5/DF, j. 03.10.2002.

33. Emb. Div. RE 73.493, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 06.09.1972.

34. Sobre este Enunciado de Súmula, a doutrina tem defendido que, “No plano recursal, foi superada a súmula 353 do STF, que impedia a interposição dos embargos de divergência com fundamento em disparidade entre decisões da mesma turma. Atualmente, o artigo 1.043, § 3º, do CPC/15 autoriza a interposição do aludido recurso, desde que a composição do órgão prolator da decisão “tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros” (Conforme artigo de Marcelo Mazzola e José Roberto Sotero de Mello Porto, intitulado “CPC 2015 justifica revisão de súmulas nos tribunais superiores”. disponível em [www.conjur.com.br/2017-out-10/opiniao-cpc-2015-justifica-revisao-sumulas-cortes-superiores]. Acesso em: 17.09.2021, às 12:28). No mesmo sentido, é o teor do Enunciado 232 do FPPC: “Fica superado o enunciado 353 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (‘São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.49, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal’).”

Dessa sorte, uma vez analisado o cenário doutrinário e jurisprudencial anterior ao CPC/2015, mister se faz a verificação do *panorama atual*, uma vez que há norma expressa no sentido de que “Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros” (art. 1.043, § 3º, do CPC/2015).

A nova hipótese de cabimento dos embargos de divergência foi devidamente implementada no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça por meio da Emenda Regimental 22, de 2016 (art. 266, § 3º, RISTJ). O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não incorporou a inovação veiculada pelo art. 1.043, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

Doutrinariamente, tem-se que a maior parte dos estudiosos que tem analisado o novel dispositivo o faz sem maiores críticas ou considerações.

Arruda Alvim, por exemplo, apenas afirma a viabilização da interposição deste recurso quando o acórdão paradigma seja da mesma turma, “desde que tenha havido mudança de mais da metade dos respectivos membros”<sup>35</sup>.

Por seu turno, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, reputando a inserção como “uma interessante novidade”<sup>36</sup>, informam que a jurisprudência formada sob a égide do CPC/1973 posicionava-se majoritariamente no sentido contrário ao da inovação legislativa.

A maior parte da doutrina justifica a previsão legal aduzindo que “de rigor, não será o ‘mesmo’ órgão”<sup>37</sup>. Ou, em outras palavras, partiria “o legislador da premissa de que a mudança de três em cinco magistrados em verdade demonstra a existência de uma nova turma, de modo que cabe o recurso para afastar a divergência existente”<sup>38</sup>.

---

35. ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 545.

36. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2226.

37. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1528).

38. Conforme doutrina de GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Comentários ao Código De Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.592.

Alexandre Freire, por sua vez, preceitua que se trata de inovação legislativa que “contempla jurisprudência que se aperfeiçoou sob a égide da legislação revogada, embora não se possa olvidar que esse entendimento não era unânime”<sup>39</sup>.

No que diz respeito à *jurisprudência posterior à vigência do CPC/2015*, tem-se verificado a aplicação, sem maiores questionamentos de adequação ao sistema, do quanto disposto no artigo 1.043, § 3º, do CPC/2015.

No Supremo Tribunal Federal, a Ministra Rosa Weber foi relatora de um recurso em que o embargante pretendia se utilizar de paradigma do mesmo órgão fracionário para viabilizar o cotejo analítico com o acórdão recorrido. No voto da Ministra, ela limitou-se a reafirmar o entendimento clássico da Corte, desta feita, fazendo menção aos novos dispositivos legais sobre a matéria, no seguinte sentido: “Nos termos do exigido no art. 1.043, I e III, do CPC/2015, o cotejo de paradigmas proferidos pelo mesmo órgão julgador merece à demonstração de divergência *interna corporis*”<sup>40</sup>.

Têm sido, no entanto, recorrentemente feitas referências no sentido de que “pronunciamento formalizado pela mesma Turma que prolatou decisão embargada não serve como paradigma para a comprovação da alegada divergência, *quando ausente substancial alteração da composição do Colegiado*”<sup>41</sup>. E, ainda:

“[...] extrai-se que não se alterou ao menos a metade da composição do órgão durante o lapso temporal decorrido entre os julgamentos relativos aos acórdãos embargado e o invocado como paradigma, portanto, não servindo este para a comprovação da alegada divergência.”<sup>42</sup>

No Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento antes mesmo do CPC/2015 já tendia à aceitação de acórdão paradigma de mesmo órgão julgador para fins de demonstração da divergência, desde que houvesse mudança de sua composição majoritária, é de fácil percepção a aplicação, sem maiores questionamentos, do novel dispositivo legal.

39. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 2350.
40. Ag. Reg. nos Emb. Div. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.140.216/PA, j. 16.04.2020.
41. ARE 881.783 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 01.02.2019; destaque nosso.
42. Ag. Reg. nos Emb. Decl. nos Emb. Div. no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 1.193.882/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Sessão Plenária, j. 31.08.2020.

Destaca-se, inclusive, a afirmação segundo a qual,

“Entre as várias inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, figura a possibilidade de que, na interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça, o acórdão indicado como paradigma seja proveniente da mesma turma que proferiu a decisão embargada.”

Mas pontua-se que “essa hipótese ficou condicionada à demonstração, pelo embargante, de ter havido alteração da composição do órgão julgador, com mudança de mais da metade de seus membros”<sup>43</sup>.

Analisando, assim, decisões que abordam a questão proferidas sob a égide do CPC/2015, pode-se concluir que o elevado grau de não conhecimento do mérito recursal não reside no fato de que se trata de acórdão paradigma do mesmo órgão julgador, mas, sim, porque não demonstrou o embargante a mudança na sua composição, nos termos do dispositivo legal. Assim, por exemplo, um julgado entendeu como incabíveis os embargos porque “não houve alteração da composição do órgão julgador (Primeira Turma) em mais da metade de seus membros, pois três dos cinco Ministros da Primeira Turma proferiram votos, nos acórdãos embargado e paradigma”<sup>44</sup>.

Quanto à referida regra legal, tem-se afirmado que “Não cabe ao intérprete, em se tratando de norma restritiva, como o é a exceção ora em análise (§ 3º do art. 1.043 do CPC/2015), estender a outras hipóteses de incidência não estabelecidas pontualmente pelo legislador.”<sup>45</sup>

Em julgado de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, após a reafirmação da regra legal, estipulou-se, inclusive, um ônus argumentativo e probatório para o recorrente, aduzindo que “cabe ao embargante, nas razões recursais do recurso uniformizador, alegar e comprovar que a composição da Turma sofreu alteração em mais da metade dos seus membros, o que não ocorreu no caso dos autos”<sup>46-47</sup>.

---

43. AgInt nos Embargos de Divergência em REsp 1116912/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, j. 18.08.2021.

44. AgInt nos EDv nos EREsp 1.766.149/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, j. 12.02.2020.

45. AgInt nos Embargos de Divergência em REsp 1116912/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, j. 18.08.2021.

46. AgInt nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1.547.750/SP, Primeira Seção, j. 29.06.2021.

47. No mesmo sentido deste julgado: AgInt nos EREsp 1.300.030/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, *DJe* de 30.10.2019; AgRg nos EAREsp 1.437.412/ES, Rel. Ministro

A Corte Especial também vem adotando este mesmo posicionamento de forma reiterada, aduzindo que o artigo 1.043, § 3º, do CPC/2015: “[...] condiciona a incidência dessa hipótese à alteração da composição da Turma julgadora em mais da metade de seus membros, entre a data do julgamento do acórdão embargado e a data de julgamento do acórdão paradigma.”<sup>48</sup>

Oportuno que se mencione julgado que firmou entendimento no sentido de que “A eventual ausência de um ou mais membros na sessão de julgamento não implica alteração da composição da Turma julgadora apta a justificar o preenchimento do requisito do § 3º do art. 1.043 do novo CPC”<sup>49</sup>.

Justificando este entendimento, observe-se a explanação realizada pelo Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca, em julgado proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

“A interpretação da norma do art. 1.043, § 3º, do CPC/2015 que melhor se coaduna com a compreensão do sistema do Processo Civil é aquela que prevê uma alteração mais perene dos membros componentes de um órgão julgador por ingresso efetivo de novo membro, seja em razão de posse ou de mudança de Turma, até porque são as alterações prolongadas as que têm o condão de efetivamente influenciar na linha de entendimento jurisprudencial prevalente no órgão julgador qualificado para o julgamento dos embargos de divergência.

Ainda que se possa argumentar que são os magistrados efetivamente presentes no momento da sessão de julgamento os responsáveis pelo resultado final do julgado, se o intuito do art. 1.043, § 3º, do CPC/2015 fosse admitir o manejo dos embargos de divergência até mesmo nas situações esporádicas em que se altera a composição de um órgão fracionário (como quando um dos magistrados sai de férias, não comparece à sessão de julgamento por eventual motivo justificado, não vota e é substituído porque está impedido ou se declara suspeito etc.), sua

---

Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, *DJe* de 02.09.2019; AgInt nos EDcl nos EREsp 1.631.121/SE, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, *DJe* de 17.12.2018; AgInt nos EAREsp 804.657/RS, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Seção, *DJe* de 15.12.2017; AgInt nos EAREsp 1.157.501/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, *DJe* 22.08.2019; AgInt nos EAREsp 155.853/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, *DJe* 01.02.2019); AgInt nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1.157.501/SP; Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 20.08.2020; AgInt nos EDv nos Embargos de Divergência em REsp 1.766.149/Rj, j. 12.02.2020.

48. AgInt nos EREsp 1.768.953/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, *DJe* 10.09.2020.

49. AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1.615.657/PI, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. 25.11.2020.

---

F., W. S.; F., C. D. T.; L., L. C. K. V. O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes.

*Revista de Processo*. vol. 359. ano 50. p. 257-283. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2025.



redação teria sido específica no sentido de abranger, também, tais hipóteses. No entanto, a lei não o fez, até porque uma quantidade pequena de exceções não constitui regra.”<sup>50</sup>

De toda sorte, pode-se concluir que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado à risca o novo dispositivo, entendendo que o paradigma do mesmo órgão que prolatou o acórdão embargado apenas servirá para confronto, se verificada a alteração em mais da metade dos respectivos membros<sup>51</sup>.

Importante destacar que a série “Jurisprudência em teses” 170, do STJ, datada de 21.05.2021, apresenta três temas relacionados a esta questão:

“8) É requisito para a interposição de embargos de divergência que o dissenso ocorra entre acórdão proferido por turma e aresto exarado por outra turma, seção ou pela Corte Especial em recurso especial.”<sup>52</sup>

9) É inviável a indicação de acórdão da mesma turma julgadora como paradigma de divergência, se, entre a data do julgamento do acórdão paradigma e a data do julgamento do acórdão recorrido, não houve alteração de mais da metade dos membros do órgão colegiado.”<sup>53</sup>

- 
50. AgRg nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 1.437.412/ES, Terceira Seção, j. 28.8.2019.
  51. AgInt nos Embargos de Divergência em REsp 1.548.847/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 10.10.2018.
  52. Julgados citados: AgRg nos EAREsp 1.545.357/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. 11.03.2020, *DJe* 17.03.2020; AgInt nos EAREsp 794.451/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, j. 26/04/2017, *DJe* 03.05.2017; AgInt nos EAREsp 819.278/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 08.02.2017, *DJe* 13.02.2017; EREsp 1.185.838/AM, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, j. 10.08.2016, *DJe* 17.08.2016; AgRg nos EAREsp 735.014/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, j. 11.11.2015, *DJe* 20.11.2015; AgRg nos EREsp 932.334/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 07.11.2012, *DJe* 21.11.2012.
  53. Julgados citados: AgRg nos EAREsp 1.615.657/PI, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. 25.11.2020, *DJe* 30.11.2020; AgInt nos EREsp 1.657.041/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, j. 11.11.2020, *DJe* 17.11.2020; AgRg nos EDv nos EAREsp 1.432.526/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, j. 25.09.2019, *DJe* 02.10.2019; EAREsp 1.760.558/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro Humberto Martins, Presidência, j. 14.04.2021, publicado em 16.04.2021; EAREsp 886.615/GO (decisão monocrática), Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. 19.10.2020, publicado em 12.11.2020; EAREsp 1.596.222/ES (decisão monocrática), Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, j. 17.08.2020, publicado em 24.08.2020.

10) A eventual ausência de um ou mais membros na sessão de julgamento não implica alteração da composição da turma julgadora apta a justificar o preenchimento do requisito quanto ao cabimento de embargos de divergência previsto no § 3º do art. 1.043 do CPC.”<sup>54</sup>

Independentemente do panorama doutrinário e jurisprudencial acerca da questão, não entendemos que a previsão legislativa ora em apreciação possa ser considerada afinada com os eixos paradigmáticos do CPC/2015.

Um diploma processual que estabelece toda uma principiologia voltada para a observância de precedentes (ou padrões decisórios, como alguns preferem) não poderia trazer em seu bojo um dispositivo que com tal principiologia não é afinado. Certamente a possibilidade de que sejam utilizados para fins de cotejo analítico acórdãos recorrido e paradigma emanados do mesmo órgão fracionário não coaduna com o confessado intuito de manutenção de jurisprudência “estável, íntegra e coerente” (art. 926, do CPC/2015).

Em outra obra, uma das autoras deste artigo defendeu que “a simples *alteração da composição do tribunal* não pode ser suficiente para gerar uma guinada jurisprudencial”<sup>55</sup>. Ora, se juízes e tribunais devem observar precedentes, o novo integrante da Corte também deve fazê-lo.

Entendemos que o posicionamento que deve ser prestigiado é do órgão jurisdicional como um todo e não de um determinado magistrado ou grupo de magistrado específicos. Essa postura contribui para que se atribua ao Poder Judiciário uma faceta efetivamente democrática, pois desvinculada sua atuação da conduta molecularizada de seus componentes. Deve, portanto, o novo integrante vergar-se ao entendimento já consolidado antes de sua entrada na composição do órgão respectivo.

Infelizmente, não parece ser essa a expectativa do legislador do CPC/2015 quando viabiliza o cabimento de embargos de divergência quando o acórdão paradigma for do mesmo órgão fracionário que proferiu a decisão embargada, “desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros” (art. 1.043, § 3º). Ora, trata-se de uma previsão legislativa deletéria pois compactua com a ideia de que determinada questão poderia ser objeto de reapreciação, na hipótese de mudança da composição do tribunal.

54. Julgados citados: AgInt nos EREsp 1.023.619/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. 12.09.2018, *DJe* 17.09.2018; AgRg nos EAREsp 69.706/SE, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. 14.12.2016, *DJe* 01.02.2017.

55. Conforme entendimento da coautora Cristiane Druve Tavares Fagundes (*Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Londrina: Thoth, 2021. p. 138, destaque no original).

Ademais, com respeito a quem entenda de forma diversa, não procede aduzir em defesa do respectivo dispositivo que a alteração de número substancial de magistrados julgadores equivaleria à existência de uma nova turma. E assim é pelo fato de que os novos integrantes do tribunal também devem obediência ao histórico jurisprudencial que lhes precedeu.

Em órgãos colegiados a posição individual é para reflexão e não oposição que esquece a importância da posição coletiva e sua repercussão para a jurisprudência íntegra, estável e coerente.

Pensamos de maneira distinta do sempre respeitado entendimento de Teresa Arruda Alvim, ao explicar a justificativa que estaria por trás de tal previsão legislativa. Afirma a doutrinadora que, no Brasil, parece “[...] que se considera ‘normal’ entender que a jurisprudência não é do tribunal, mas da atual composição de magistrados do tribunal. Assim, mudando a composição humana da Corte, altera-se a jurisprudência: altera-se o direito.”<sup>56</sup>

Os novos integrantes dos órgãos jurisdicionais não podem pretender constituir um *marco zero* para fins de fixação de novas teses e entendimentos jurídicos. A oxigenação do sistema jurisdicional deve ser uma *exigência social* e não decorrente do entendimento pessoal dos novos magistrados. Tanto que o mesmo órgão julgador pode, identificada a mudança social, reconhecer a superação, com os mesmos integrantes ou não. O requisito é *externo* ao órgão julgador e não *interno*.

Neste sentido, oportuno que se verifique o posicionamento de Eduardo José da Fonseca Costa quando analisa a falta de hábito dos magistrados em seguir entendimentos anteriores, incluindo aqueles recém integrados aos tribunais:

“O culto aos próprios precedentes é um *habitus*, um modo de agir adquirido, que integra a cultura institucional do tribunal e que nele se incorpora progressivamente. Todavia, parece faltar a boa parte dos tribunais brasileiros a chamada ‘reverência aos antecessores’. Cada novo juiz que acende ao tribunal quer imprimir ali sua visão particular, não raro destoando de entendimentos majoritários pacificados há décadas. Trata-se de um personalismo individualista absolutamente incompatível com o ideário republicano. Sofrem, com isso, a segurança e a isonomia.”<sup>57</sup>

Não deveria, por conseguinte, haver guinada jurisprudencial decorrente da alteração da composição dos tribunais.

56. ALVIM, Teresa Arruda. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação. *Revista de Processo*, v. 312, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev./2021.

57. COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 1120.

Neste sentido, interessantes apontamentos são realizados por Michael Gentithes<sup>58</sup>, ao desenvolver manifesta defesa da regra do *stare decisis*, especialmente no direito americano. Apenas a título de lembrete, a doutrina que dá fundamento à observância aos precedentes é o *stare decisis*, expressão latina que significa apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos (“*to stand by things decided*”). Basicamente, é entendimento sedimentado no sentido de que situações fáticas similares devem ser resolvidas mediante aplicação da mesma regra jurídica, extraída de decisões advindas dos próprios tribunais.

Dessa forma, referido doutrinador aduz que tal regra desempenha importante papel na preservação da democracia, uma vez que o respeito aos precedentes da Suprema Corte traz legitimidade a um corpo com membros transitórios. Assegura aos cidadãos que as decisões não são meros caprichos individuais dos juizes. Assim, segundo esse autor, *stare decisis* é uma necessária ferramenta imperativa para manter a ordem em um sistema construído em bases de confrontação e competição.

Preservar o entendimento dos tribunais independentemente de sua composição atual é, segundo entendemos, uma das pedras fundamentais da democracia, pois realmente faz com que também os novos integrantes das Cortes verguem seu posicionamento pessoal às regras de direito previamente estabelecidas.

É por isso que Neil Maccormick afirma que “a fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou tribunal para outro”<sup>59</sup>.

Oportuno que se lembre que, quando se fala em vinculação de juizes e tribunais a determinadas decisões, não se está a afirmar única e exclusivamente a denominada *vinculação vertical* mas também a *vinculação horizontal*<sup>60</sup>.

Neste sentido, Frederick Schauer<sup>61</sup> sustenta a existência de duas dimensões diferentes do precedente: (i) *dimensão vertical*: é a obrigação do tribunal de seguir as decisões prolatadas pela corte hierarquicamente superior, sobre a mesma questão;

---

58. GENTITHES, Michael. In Defense of Stare Decisis. *Willamette Law Review*, v. 45, Issue 4, p. 799-822, Summer 2009.

59. Maccormick, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191.

60. Neste sentido, é o teor do Enunciado 169, FPPC: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes”.

61. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2012. p. 36-37.

(ii) *dimensão horizontal*: obrigação do tribunal de seguir suas próprias decisões prolatadas em ocasião anterior (ainda que *não necessariamente* pelos *mesmos* juízes).<sup>62</sup>

Referido doutrinador é expresso no sentido de que se espera que um tribunal resolva as questões da mesma maneira que ele decidiu no passado, ainda que os membros do tribunal tenham sido alterados ou se os membros dos tribunais tenham mudado de opinião<sup>63</sup>.

Ou seja, dentro desta noção de horizontalidade, está presente a necessidade de que os novos integrantes dos tribunais também sigam os precedentes que lhes antecederam, vergando seu posicionamento pessoal àquele já estabelecido anteriormente.

Neste sentido, Ravi Peixoto ratifica o entendimento segundo o qual,

“[...] para que se possa construir uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável, estando, exceto nos casos de superação de precedentes, vinculados às próprias decisões (*stare decisis* horizontal).”<sup>64</sup>

Cabe, portanto, perguntar se um órgão fracionário com composição alterada não se trataria do mesmo órgão – como parte da doutrina tem defendido – e consequentemente não estaria vinculado às “próprias” decisões.

Parece-nos que a dimensão horizontal dos precedentes também atinge os novos integrantes dos tribunais, sendo um contrassenso admitir que, alterando a

62. Destaques nossos. Em sentido similar, é a doutrina de Marcel Piterman: “Um elemento fundamental do sistema de precedentes do direito inglês é a doutrina do *stare decisis*, ou seja, os tribunais estão vinculados pelas próprias decisões (horizontal) e pelas decisões dos tribunais superiores (vertical). Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprios precedentes (*stare decisis* horizontal), estando todas as Cortes de Justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar – isto é, aplicar – os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical). É em razão disso que a doutrina aponta pacificamente o caso *London Tramways Co. vs. London County Council* (1898) como sendo aquele em que inequivocamente a *House of Lords* decidiu pela vinculação aos seus próprios precedentes” (PITERMAN, Marcel. Efetividade e precedentes no âmbito do direito processual civil da União Europeia. *Revista de Processo*, v. 300, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev./2020. p. 286).

63. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2012. p. 37.

64. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 165-166.

composição, possa se pretender alterar o entendimento anteriormente fixado em sede de embargos de divergência.

Relevante que se mencione a existência de algumas poucas vozes doutrinárias que se insurgem contra o dispositivo legal ora comentado.

Neste sentido, Rodrigo Cunha Lima Freire e Vinicius Silva Lemos expressamente criticam a previsão constante do art. 1.043, § 3º, do CPC/2015, aduzindo que se trata de uma inovação “que não contribui para a pacificação dos dissídios jurisprudenciais entre os órgãos colegiados fracionários do STF e do STJ, além de permitir o cabimento dos embargos de divergência por um dissídio que não é atual”<sup>65</sup>.

Crítica genérica à variação jurisprudencial decorrente da mudança de composição dos órgãos julgadores é feita por Rodrigo Barioni, ao asseverar que,

“Embora seja reconhecida a possibilidade de superação do precedente, no direito brasileiro, a *volatilidade* das orientações dos tribunais superiores é *indesejavelmente alta*. Embora o STF e o STJ estejam trabalhando para buscar maior estabilidade de seus precedentes, não raro a superação tem ocorrido em decorrência de questões de natureza política ou pela simples alteração da composição do órgão colegiado.”<sup>66</sup>

E conclui referido doutrinador: “A pura e simples alteração dos integrantes do órgão julgador não deve conduzir à superação do precedente”<sup>67</sup>.

Relevante que se mencione que, apesar de apresentarmos posicionamento radicalmente contrário ao cabimento de embargos em razão da alteração da composição do órgão julgador, particularmente não entendemos como possível aceitar argumentos como o esposado em voto divergente de julgado do Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do CPC/1973: que referido entendimento não deveria prevalecer porque, caso concreto, “o número de recursos aumentará, incalculavelmente”<sup>68</sup>. Trata-se de argumento efetivamente pouco jurídico e muito mais voltado

65. FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; e LEMOS, Vinicius Silva. Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante. *Revista de Processo*, v. 299, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan./2020, p. 325.

66. BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez./2020. p. 282; destaques nossos.

67. BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez./2020. p. 282.

68. Conforme voto do Ministro Demócrito Reinaldo (1ª Seção, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 29.521-0/PR, j. 30.05.1995).

para o pensamento de gestão dos processos nos tribunais. Não nos parece tratar-se de argumento juridicamente sustentado contrariamente ao novel dispositivo.

Mesmo sendo anterior ao CPC/2015, digno de nota foi o entendimento esposado pela Ministra Rosa Weber, em sede de famoso *Habeas Corpus*<sup>69</sup>, que apesar de matéria criminal, aventava a possibilidade de alteração de entendimento da Corte por mudança de composição dos órgãos julgadores. Aduziu a Ministra:

“[...] compreendido o Tribunal como instituição, a simples mudança de composição não constitui fator suficiente para legitimar a alteração da jurisprudência, como tampouco o são, acréscio, razões de natureza pragmática ou conjuntural. [...]

É dizer, a consistência e a coerência no desenvolvimento judicial do Direito são virtudes do sistema normativo enquanto virtudes do próprio Estado de Direito. As instituições do Estado devem proteger os cidadãos de incertezas desnecessárias referentes aos seus direitos.

Embora a jurisprudência comporte, obviamente, evolução – porque, insisto, a vida é dinâmica, a sociedade avança, o patamar civilizatório se eleva – é o que pelo menos se deseja – e o Direitos os segue –, a atualização do Direito operada pela via judicial – pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais – há de evitar rupturas bruscas e ser justificada adequadamente [...]” (g.n.)

A mudança da composição dos tribunais, portanto, não pode legitimar a alteração de entendimentos jurisprudenciais, inclusive por meio de instrumentos tão relevantes para a uniformização jurisprudencial como é o caso dos embargos de divergência.

E continua a Ministra, no mesmo voto, dissertando sobre o princípio da colegialidade:

“[...] reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.

[...] compartilho da visão de que os juízes, individualmente considerados, de uma Corte Constitucional estão a serviço de um propósito institucional. O incremento da cultura constitucional e da legitimidade da jurisdição constitucional no corpo social e dos demais atores institucionais da democracia deve ser fomentado, precipuamente, por este Supremo Tribunal Federal.”

69. HC 152.752/PR.

F, W. S.; F, C. D. T.; L, L. C. K. V.. O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes. *Revista de Processo*, vol. 359, ano 50, p. 257-283, São Paulo: Ed. RT, janeiro 2025.



No mesmo sentido, entendemos que permitir que sejam cabíveis embargos de divergência mediante o confronto analítico de decisões de mesmo órgão fracionário, é ignorar o necessário respeito que devem apresentar os novos integrantes do Poder Judiciário aos entendimentos que lhes antecedem.

Trata-se de dispositivo em descompasso com os eixos paradigmáticos de coerência e uniformidade pretendidos pelo Código de Processo Civil e que não atende ao propósito uniformizador de tal diploma.

#### 4. NOTAS CONCLUSIVAS

A promoção da coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência brasileira é um dos grandes propósitos do Código de Processo Civil de 2015, exercendo o recurso dos embargos de divergência importante papel na persecução desta finalidade, posto que é o meio processual cabível para dirimir conflito jurisprudencial *interna corporis* nos Tribunais Superiores. Nota-se, pois, que os embargos de divergência conferem efetividade à função precípua de uniformização do direito infraconstitucional e constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Ainda que o modelo brasileiro de precedentes instigue interessante discussão sobre o caráter vinculante dos acórdãos proferidos em sede de embargos de divergência, o presente artigo buscou demonstrar que, ainda que tais acórdãos devam ser seguidos pela respeitabilidade que lhes é inerente, é impróprio falar em obrigatoriedade formal, sob pena de violar a vontade originária do legislador quando da elaboração do rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Especificamente no que respeita o objeto do presente estudo, a específica hipótese de cabimento de embargos de divergência “quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros” (art. 1.043, § 3º, do CPC) é de todo discordante com os eixos paradigmáticos do Código de Processo Civil de 2015.

Sendo a observância de precedentes a principiologia que orienta a edição e aplicação do vigente diploma processual brasileiro, evidente que a guinada jurisprudencial desencadeada pela mera alteração da composição do órgão fracionário representa indevida desobediência ao histórico jurisprudencial anteriormente construído, em frontal violação à segurança jurídica e, conseqüentemente, à preservação da democracia pela inobservância do *stare decisis* (ferramenta imperativa de ordem).

Não se olvida que o sistema jurisdicional está sujeito à oxigenação, contudo, alterações nesse sentido devem partir de exigências sociais e não decorrerem do

entendimento pessoal de novos magistrados. Conforme minuciosamente desenvolvido pelo presente artigo, a vinculação dos magistrados e tribunais aos precedentes é sustentada não só pelo pilar de vinculação vertical, como também na dimensão vinculativa horizontal. E é justamente no bojo dessa horizontalidade que se exige dos novos magistrados o respeito aos precedentes que lhes antecederam, vergando seu posicionamento pessoal àquele já estabelecido anteriormente.

Em suma, entendemos que o cabimento dos embargos de divergência mediante o confronto de decisões de mesmo órgão fracionário consiste em grave ameaça ao sistema de precedentes brasileiro, desvirtuando-se a previsão contida no artigo 1.043, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 não apenas do propósito uniformizador da mencionada espécie recursal, como dos próprios eixos paradigmáticos de coerência, integridade, estabilidade e uniformidade pretendidos pelo legislador.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Uma novidade perturbadora no CPC brasileiro de 2015: a modulação. *Revista de Processo*, v. 312, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev./2021.
- BARIONI, Rodrigo. Precedentes no direito brasileiro: desafios e perspectivas. *Revista de Processo*, v. 310, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 265-291, dez./2020.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Comentários ao Código de Processo Civil: dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os Tribunais Superiores*. 5. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2021.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 2 v. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 v. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Modelo brasileiro de precedentes: a relevância da fundamentação no contexto precedentalista*. Londrina: Thoth, 2021.
- FREIRE, Alexandre. In: WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALLAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; LEMOS, Vinicius Silva. Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante. *Revista de Processo*, v. 299, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 321-360, Jan./2020.

- FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no Novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. In: DANTAS, Bruno; BUENO, Cassio Scarpinella; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência: após o primeiro ano de vigência do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 401-409.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Comentários ao Código De Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- JORGE, Flávio Cheim. Embargos de divergência: alguns aspectos estruturantes. *Revista de Processo*, v. 190, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 9-36, dez./2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- MAZZOLA, Marcelo; PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *CPC 2015 justifica revisão de súmulas nos tribunais superiores*. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*, 10.10.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-out-10/opiniaocpc-2015-justifica-revisao-sumulas-cortes-superiores]. Acesso em: 17.09.2021.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código De Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. ú.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC Comentado: artigo por artigo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- PINTO, Nelson Luiz. Comentários aos artigos 1.043 e 1.044. In: Cassio Scarpinella Bueno (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 613-619.
- PITERMAN, Marcel. Efetividade e precedentes no âmbito do direito processual civil da União Europeia. *Revista de Processo*, v. 300, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 285-306, fev./2020.
- SHIMURA, Sergio Sheiji. Embargos de divergência. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 414-427.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Embargos de Divergência. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 605-607.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Breves apontamentos sobre a demonstração da divergência nos embargos de divergência, de Maria Lúcia Lins Conceição – *RePro* 349/151-177;
- Os embargos de divergência como meio de formação de precedente vinculante, de Rodrigo Cunha Lima Freire e Vinicius Silva Lemos – *RePro* 299/321-360; e
- Uma contribuição direta aos embargos de divergência e indireta aos Tribunais Superiores – homenagem a Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, de Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa – *RePro* 333/187-227.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

**Tutela Diferenciada**

Uso exclusivo – proibida a veiculação



# A INDISPONIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DA AMPLA DEFESA EM PROCESSOS PUNITIVOS NÃO PENAIS

*THE UNAVAILABILITY OF TECHNICAL DEFENSE IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTION AND THE ROLE OF THE PUBLIC DEFENSE IN GUARANTEEING AMPLE DEFENSE IN NON-CRIMINAL PUNITIVE PROCEEDINGS*

**FLÁVIO CHEIM JORGE**

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor titular da Universidade Federal do Espírito Santo. Membro do IBDP e da Abradep. Parecerista (*double blind peer review*) da Revista Suprema (STF), Revista Estudos Eleitorais (TSE), Revista de Processo (RT) e da Revista CEJ (Conselho da Justiça Federal). Advogado. [flavio@cjar.com.br](mailto:flavio@cjar.com.br)

**DOUGLAS ADMIRAL LOUZADA**

Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Defensor Público do Estado do Espírito Santo. [douglas.louzada@defensoria.es.def.br](mailto:douglas.louzada@defensoria.es.def.br)

Recebido em: 19.09.2024  
Aprovado em: 10.10.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Administrativo; Constitucional

**RESUMO:** O presente artigo aborda a indisponibilidade da defesa técnica em processos de improbidade administrativa e o papel crucial da Defensoria Pública na garantia da ampla defesa em processos punitivos não penais. Ressalta-se a importância do direito de defesa, garantido pela Constituição Federal e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o objetivo de assegurar um julgamento justo e equilibrado. O estudo demonstra que, em processos civis sancionatórios, tal como no caso da ação de improbidade administrativa, a Defensoria Pública deve efetivamente participar, analogamente aos processos penais, para garantir a representação legal adequada do acusado revel, o que decorre da disparidade de poder entre o indivíduo e

**ABSTRACT:** This article addresses the unavailability of technical defense in administrative improbity processes and the crucial role of the Public Defender's Office in guaranteeing comprehensive defense in non-criminal punitive proceedings. The importance of the right to defense is highlighted, guaranteed by the Federal Constitution and the Inter-American Commission on Human Rights, with the aim of ensuring a fair and balanced trial. The study demonstrates that, in civil sanctioning proceedings, as in the case of administrative improbity actions, the Public Defender's Office must effectively participate, analogously to criminal proceedings, to guarantee adequate legal representation of the accused in default, which arises from the

o Estado-acusação e do potencial de restrição a direitos fundamentais do cidadão em processos dessa natureza.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade Administrativa – Defesa técnica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Defensoria Pública – Lei 14.320.

disparity of power between the individual and the State-acusation and the potential restriction of the citizen's fundamental rights in processes of this nature.

**KEYWORDS:** Administrative Improbability – Technical defense – Inter-American Commission on Human Rights – Public Defender's Office – Law 14,320.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos da indisponibilidade do direito à defesa técnica no processo penal. 3. Extensão do direito à indisponibilidade de defesa técnica ao processo judicial punitivo não penal da Lei de Improbidade Administrativa. 3.1. Extensão das garantias judiciais da convenção americana sobre direitos humanos aos processos judiciais punitivos não penais. 3.2. As mudanças operadas na Lei de Improbidade Administrativa em prol da efetivação da ampla defesa. 3.3. A necessidade de nomeação de defesa técnica ao réu revel na ação de improbidade administrativa. 4. O papel da Defensoria Pública na garantia do princípio da indisponibilidade de defesa técnica em processos punitivos não penais. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia. 7. Legislação.

## 1. INTRODUÇÃO

A indisponibilidade da defesa técnica em processos seguindo a Lei da Improbidade Administrativa (LIA) e o papel da Defensoria Pública na garantia da ampla defesa são temas de grande relevância no cenário jurídico atual. O direito de defesa, consagrado pela Constituição Federal e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), é essencial para assegurar um julgamento justo e equilibrado. Nesses termos, este artigo busca explorar a extensão e a aplicação desse direito em processos punitivos não penais, com foco específico nas ações de improbidade administrativa.

Com efeito, o direito à defesa técnica indisponível é uma garantia que emerge da necessidade de equidade entre as partes no processo judicial, especialmente em situações em que há uma disparidade de poder e recursos entre o indivíduo e o Estado. No ambiente penal, essa garantia é bem estabelecida, mas sua aplicação em processos punitivos civis, como os de improbidade administrativa, ainda é objeto de debate e desenvolvimento doutrinário.

Nesse contexto, a Defensoria Pública desempenha um papel crucial na proteção dos direitos dos indivíduos, especialmente daqueles que não possuem recursos para contratar uma defesa técnica. Sua atuação, contudo, não se restringe a esse caráter, dado o desenvolvimento atual do conceito de “necessitados”. Na verdade, as atividades da instituição garantem que a ampla defesa, um pilar do devido processo legal, seja efetivamente respeitada, mesmo em processos que não envolvem diretamente a privação de liberdade, mas que podem resultar em severas sanções civis, como a perda de direitos políticos e a proibição de contratar com o poder público.

Dessa forma, o artigo propõe uma análise detalhada da indispensabilidade de defesa nas ações de improbidade administrativa, argumentando que a Defensoria Pública deve ser acionada de forma oficiosa pelo juiz, em analogia aos procedimentos penais, para assegurar que nenhum réu permaneça sem representação legal. A discussão é ancorada em fundamentos constitucionais e em normas de direitos humanos internacionais, ressaltando-se a importância de um modelo de devido processo legal que seja adaptado para abarcar também as ações punitivas não penais.

Para tal mister, o artigo se estrutura de modo a levar o leitor a compreender, inicialmente, os fundamentos do direito à ampla defesa e a garantia da indisponibilidade da defesa técnica em âmbito penal, para, em seguida, a partir da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), estender as premissas ao âmbito dos processos punitivos não penais, especialmente às ações de improbidade administrativa, verdadeiras pretensões de caráter repressivo estatal. Ao final, diante do atual quadro normativo internacional e nacional, aborda-se o papel fundamental da Defensoria Pública na manutenção da justiça e da equidade nos processos punitivos não penais, designando-a como a instituição constitucionalmente incumbida da efetivação do princípio da indisponibilidade da defesa técnica.

## 2. FUNDAMENTOS DA INDISPONIBILIDADE DO DIREITO À DEFESA TÉCNICA NO PROCESSO PENAL

O direito de defesa possui assento constitucional a partir da leitura conjugada do princípio da proteção judiciária (art. 5º, inc. XXXV, da CF)<sup>1</sup> com os postulados do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF)<sup>2</sup> e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)<sup>3</sup>. Com efeito, destacando a íntima relação entre defesa e contraditório, Grinover, Gomes Filho e Fernandes estabelecem que

“[...] é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante

1. Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
2. Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
3. Art. 5º, 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.

o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida.”<sup>4</sup>

Além de representar uma garantia constitucional, o direito de defesa possui previsão expressa na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)<sup>5</sup>, a qual, como se sabe, detém estatura de norma supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que suas disposições se sobrepõem às demais normativas de direito interno de caráter infraconstitucional<sup>6</sup>. O artigo 8º da CADH prevê um rol de garantias judiciais, dentre as quais destaca-se, tendo em vista o objeto de estudo deste artigo, a prevista no item 2, alínea “e”:

“2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; [...].”

Como se observa, ao prever um “direito irrenunciável” à defesa técnica proporcionada pelo Estado na hipótese de o acusado não se defender pessoalmente ou

4. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 69.
5. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678, de 06.11.1992, antes, portanto, da Emenda Constitucional 45/2004 e, nos termos do entendimento do Supremo Tribunal Federal no bojo do RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, *DJe* 104 de 05.06.2009, Tema 60, possui natureza supralegal, ou seja, está hierarquicamente acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.
6. Destaque-se, quanto ao ponto, que, embora a Convenção Americana sobre Direitos Humanos não tenha ingressado em nosso ordenamento conforme a previsão do art. 5º, § 3º, da CF, mesmo porque anterior à alteração constitucional, coadunamos com o posicionamento de Sarah Merçon-Vargas no sentido de que “as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos têm natureza materialmente constitucional, o que significa que, no plano das garantias processuais, convivem, em mesma hierarquia, com as garantias previstas na Constituição Federal. Em caso de conflito, prevalece a norma mais favorável ao indivíduo, conforme artigo 29 da Convenção Americana de Direitos do Homem” (*Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 32).

constituir um advogado, a CADH consagrou um verdadeiro princípio da indisponibilidade de defesa técnica. Nesse sentido, Grinover, Gomes Filho e Fernandes, após afirmarem que a defesa se divide em defesa técnica e autodefesa, estabelecem que “[...] a primeira é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz”<sup>7</sup>.

Extraí-se do que foi dito até o momento, portanto, que, no âmbito do processo penal, é indubitável que o direito de defesa pode ser considerado um direito indisponível<sup>8</sup> e irrenunciável, o que foi concretizado também pela legislação infraconstitucional, mais especificamente por meio do art. 261 do Código de Processo Penal, que prevê que “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. Em complementação, o art. 263 do mesmo *codex* estabelece que “Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”. Em caráter redundante, mas que consagra de uma vez por todas a irrenunciabilidade do direito de defesa, versa ainda o § 2º do art. 396-A do Código de Processo Penal que “Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

Nesse contexto, ensina Tourinho Filho que:

“[...] em todo processo de tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação à qual se propõe a ação penal, goza de direito ‘primário e absoluto’ da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido.”<sup>9</sup>

Também por isso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 523 com o seguinte teor: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

7. *As nulidades...* cit., p. 69.

8. No mesmo sentido é a conclusão de Guilherme de Souza Nucci. Para o autor “A indisponibilidade do direito de defesa é uma decorrência da indisponibilidade do direito à liberdade, razão pela qual o réu, ainda que não queira, terá nomeado um defensor, habilitado para a função, para o patrocínio de sua defesa (art. 261, CPP)” (*Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 550).

9. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 23.

A indisponibilidade do direito de defesa técnica decorre da condição desprivilegiada do réu no processo penal, que tem contra ele a ação do Estado-acusação com todas as suas forças institucionais regularmente constituídas e qualificadas (principalmente o Ministério Público e a Polícia Judiciária), inclusive em âmbito extrajudicial e prévio, bem como da relevância dos direitos que podem ser afetados com eventual decisão injusta, em especial o direito indisponível à liberdade.

Outra não é a conclusão de Bedê Júnior e Senna: “[...] para que não haja esse desequilíbrio é inexorável que seja assegurado a todos os acusados no processo penal uma defesa técnica, isto é, o apoio de um profissional”; além disso, “pode-se dizer também que a imprescindibilidade da defesa técnica no processo penal decorre da natureza pública dos interesses em conflito.”<sup>10</sup>

Feitas essas considerações, restou assente que a indisponibilidade da defesa técnica em acusações criminais, para além de decorrer da garantia da ampla defesa, expressamente prevista na Constituição Federal e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, possui justificativa teórica na existência de desproporcionalidade de posições na relação processual (indivíduo x Estado-acusação) e em razão da natureza do direito material debatido no processo, que poderá ter como repercussão a limitação de direitos fundamentais do acusado. Entretanto, tais características, como se verá, não são exclusivas do processo penal.

### 3. EXTENSÃO DO DIREITO À INDISPONIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA AO PROCESSO JUDICIAL PUNITIVO NÃO PENAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como se sabe, o *ius puniendi* estatal não se limita à seara penal, sendo certo que também nas hipóteses das ações punitivas estatais não penais observa-se a existência de desigualdade entre os atores do processo, uma vez que, nesses casos, o cidadão também litiga contra o Estado-acusação. Ademais, processos decorrentes do poder sancionatório do Estado também podem acarretar restrições a direitos fundamentais relevantes, tais como os direitos políticos. Sendo assim, a doutrina, ao longo do tempo, passou a defender a extensão de determinadas garantias do processo penal à persecução civil estatal de caráter punitivo<sup>11</sup>.

10. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 181.

11. No âmbito jurisprudencial, o STJ, após a edição da nova Lei de Improbidade Administrativa, houve por bem, desconsiderar o juízo de admissibilidade dos recursos, para o fim de determinar a aplicação retroativa do entendimento mais benéfico ao acusado, em sentido conforme ao consagrado pelo parágrafo único do art. 647-A, do CPP, que dispõe que “A ordem de habeas corpus poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pelo tribunal em

Nesse sentido, a discussão que se propõe neste trabalho apresenta-se extremamente atual. Afinal, conforme destaca Merçon-Vargas (2018, p. 15):

“Mesmo fora da jurisdição penal, não há dúvida de que a aplicação de sanções punitivas deve ser feita com observância do devido processo legal. A dificuldade, no entanto, está justamente em saber o modelo de devido processo legal adequado para esses casos, para que se avalie quais garantias devem incidir e em que medida.”<sup>12</sup>

Frise-se, a título de introdução aos tópicos seguintes, que, embora a discussão deste artigo se proponha à análise da relevância do direito à ampla defesa e sua repercussão na indisponibilidade do direito de defesa técnica no bojo da Ação de Improbidade Administrativa, é viável que as conclusões lançadas sejam transpostas para outros processos punitivos judiciais não penais, observadas as suas peculiaridades.

Além disso, também preliminarmente, é importante ressaltar que o debate que se coloca restringe-se aos processos civis que tenham o objetivo de impor sanções civis meramente punitivas ao indivíduo. O destaque é importante porque, mesmo na hipótese de casos que podem configurar ilícitos civis aptos à imposição de punições civis, é possível que sejam ajuizadas ou estejam em tramitação ações de cunho meramente ressarcitório e que, portanto, apenas podem potencialmente atingir direitos disponíveis e patrimoniais do agente.

Isso ocorre, por exemplo, quando, no âmbito da improbidade administrativa, verifica-se a prescrição das sanções civis, mas não a da pretensão de reparação ao erário, de caráter imprescritível, conforme expresso comando constitucional.

Conforme um dos autores deste artigo teve oportunidade de demonstrar

“[...] a incidência das garantias do devido processo legal sofre sensível influência a partir da compreensão de que determinada demanda, *in casu*, a ação de improbidade administrativa, tem por escopo fazer incidir normas relativas ao direito punitivo”.<sup>13</sup>

---

processo de competência originária ou recursal, *ainda que não conhecidos a ação ou o recurso* em que veiculado o pedido de cessação de coação ilegal”. Segundo se decidiu, “2. O STJ tem determinado a baixa dos autos para que o tribunal competente realize novo exame dos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do diploma normativo anterior, mesmo que esta Corte não tenha conhecido do recurso especial, porquanto ausente condenação transitada em julgado” (STJ, AgInt no AREsp 1.855.285/MG, rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª T., DJe 20.09.2023).

12. *Teoria do processo...* cit., p. 15.

13. JORGE, Flávio Cheim. A conversão da ação de improbidade administrativa em ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 345, ano 48, p. 267-287, nov. 2023.



Desse modo, as pretensões que visam apenas o ressarcimento de danos não se consubstanciam em sanções à parte requerida, de modo que não há que se falar em natureza repressiva nesse caso.

Assim, quanto aos conceitos a serem utilizados neste trabalho, coadunamos com a posição de Marcos Vinicius Pinto, que cataloga as sanções civis em três categorias, quais sejam: a) sanções jurídicos-formais (decorrentes da nulidade ou da anulabilidade do ato violador da norma); b) sanções patrimoniais (prestações *in natura* ou ressarcimento pecuniário, tais como o perdimento de bens e a reparação do dano ao erário); e c) sanções meramente punitivas (objetivam apenas a imposição de um “mal” ou “castigo”). Nessa senda, o autor, após deixar claro que as sanções civis punitivas se encontram presentes em diversas normas do ordenamento jurídico brasileiro, elenca as sanções que considera dessa natureza no bojo da Lei de Improbidade Administrativa, a saber, a perda da função pública, a suspensão temporária dos direitos políticos, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.<sup>14</sup>

Dito isso, passa-se à apresentação de algumas premissas para a conclusão a respeito da importância e da necessidade de observância da garantia da indisponibilidade da defesa técnica no procedimento punitivo não penal da Lei de Improbidade Administrativa.

### 3.1. *Extensão das garantias judiciais da convenção americana sobre direitos humanos aos processos judiciais punitivos não penais*

Sabe-se que o Sistema Interamericano de Proteção foi inaugurado em 1948, com a edição da Declaração Americana dos Direitos Humanos e da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA). Porém, somente em 1969 foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que ficou conhecida popularmente por Pacto de São José da Costa Rica, com o propósito de consolidar e reconhecer a consequente necessidade de regulamentação da estrutura, da competência e dos processos dos órgãos encarregados da proteção dos direitos humanos em nosso continente.<sup>15</sup>

---

14. *Ação de improbidade administrativa: presunção de Inocência e ne bis in idem*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 56-57.

15. Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)]. Acesso em: 29.01.2024.

Nesse contexto, o denominado Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) passou a ser composto por dois órgãos principais, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). No que importa a este trabalho e a título introdutório, é importante dizer que a Corte IDH é uma instituição judiciária autônoma com competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção Americana que lhe seja submetido, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência.

Dessa forma, estando consolidado o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, é natural que os julgamentos da Corte IDH exerçam influência nos ordenamentos jurídicos dos seus Estados-Partes, com impactos relevantes em seus processos e procedimentos, bem como na jurisprudência e na legislação pátrias. Com efeito, entendem Chai e Gonçalves que:

“Com o advento dos sistemas regionais de Direitos Humanos, surge-se um novo patamar de jurisdição, onde estes sistemas supervisionam e fiscalizam o cumprimento de preceitos e valores internacionais, bem como a adequação dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados que ratificaram e reconheceram a legitimidade destes sistemas.”<sup>16</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Cançado Trindade:

“[...] Uma das principais funções da operação dos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos reside precisamente em seus efeitos no direito interno. Ainda que voltada à solução de casos individuais de direitos humanos, a aplicação desses tratados e instrumentos tem transcendido as circunstâncias desses casos [...]”<sup>17</sup>

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o âmbito de aplicação das garantias previstas no art. 8º, item 2, da CADH não tem restringido a incidência delas aos casos estritamente relacionados ao Direito Penal.

16. CHAI, C. G.; GONÇALVES, A. B. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a desconsideração da prescrição da pretensão punitiva estatal no Caso Bulacio vs. Argentina – Punitivismo ou adequação do direito interno ao sistema regional de direitos humanos. *CIS – Conjecturas InterStudies*, [S.l.], v. 22, n. 5, p. 30-49, 2022. DOI: 10.53660/CONJ-904-I11. Disponível em: [<https://conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/904/691>]. Acesso em: 26.07.2024.
17. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1. p. 429.

Com efeito, Merçon-Vargas<sup>18</sup> rememora precedentes que consolidaram o atual entendimento da Corte IDH, citando, inicialmente, o caso Tribunal Constitucional v. Peru, em que o colegiado analisou a alegação de violação as garantias do art. 8º em processo que tramitou no Congresso Peruano e levou à destituição de três magistrados do Tribunal Constitucional. Nesse julgamento, ainda segundo a autora, a Corte IDH decidiu que as garantias judiciais do art. 8º não se limitam ao processo judicial e devem ser observadas em qualquer instância processual em que as pessoas precisem se defender adequadamente de qualquer tipo de ato emanado do Estado que possa interferir em sua esfera de direitos, estabelecendo, de maneira expressa que as garantias inscritas no art. 8º, item 2, da CADH aplicam-se a processos de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer outra.

Em seguida, Merçon-Vargas apresenta o precedente *Baruch v. Peru*, ocasião em que a Corte IDH examinou a alegação de violação das garantias do art. 8º da CADH em relação ao processo que culminou na retirada da nacionalidade peruana, por naturalização, do Sr. Baruch Ivcher. Nesse caso, explicita a autora, a Corte reafirmou a aplicabilidade das garantias em processos não penais, determinando que os órgãos jurisdicionais devem observar, em sua plenitude, as garantias do devido processo legal previsto no Convenção.<sup>19</sup>

Dessa forma, a partir da análise da jurisprudência da Corte IDH<sup>20</sup>, realizada a partir da concepção de sua força normativa e da sua influência em âmbito interno, conclui Merçon-Vargas que:

“[...] o fato de ter sido empregada a expressão acusado não afasta sua incidência em processos judiciais punitivos não penais, em que também há exercício de pretensão punitiva estatal, imputação de ilícito, aplicação de sanção restritiva de direito e grave desequilíbrio na relação processual.”<sup>21</sup>

Vale destacar que, em pesquisa adicional, avaliamos como elementares as conclusões da Corte IDH no caso *Caso Maldonado Ordoñez v. Guatemala*, de 03 de

---

18. *Teoria do processo...* cit., p. 100-101.

19. *Ibid.*, p. 102-103.

20. Embora tenhamos optado por não abordar a questão neste artigo, Sarah Merçon-Vargas também faz esta análise com relação ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), esclarecendo que “na esteira da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pode-se afirmar que nos processos judiciais punitivos não penais, o núcleo duro do devido processo legal, que lhe é essencial enquanto princípio, é composto pelo *catálogo* de garantias previstas para o processo penal, com exclusão das que são voltadas ao preso ou relacionadas estritamente à pena de prisão” (*Ibid.*, p. 119).

21. *Ibid.*, p. 162.

maio de 2001, as quais deixam expressas a possibilidade de incidência das garantias nos processos de natureza equivalente aos de improbidade administrativa:

“En lo que respecta a la aplicación de las garantías contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana para procesos que no sean de naturaleza penal, la Corte recuerda que si bien esta disposición se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. *Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.*”

[...]

Debido al alcance del artículo 8.2 de la Convención, la Corte se ha pronunciado en su jurisprudencia sobre la aplicabilidad del artículo 8.2 de la Convención Americana, entre otros, en el marco de dos casos relacionados con un juicio político y la destitución de magistrados del Tribunal Constitucional del Perú por el Congreso, y un juicio político contra vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano, *así como en el ámbito del desarrollo procesos administrativos y laborales conducidos por el poder ejecutivo en contra de funcionarios públicos y ciudadanos.* (...) En estas sentencias, la Corte no ha limitado la aplicación del artículo 8.2 de la Convención Americana a procesos penales, *sino la ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral;* así mismo ha indicado que tanto en estas como en otro tipo de materias “el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.” (grifos nossos).

Por fim, especificamente com relação à garantia da alínea “e” do item 2 do art. 8º da CADH, identificamos a reafirmação da jurisprudência da Corte Interamericana contrária à limitação da citada proteção ao âmbito processual penal na sentença do caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, publicada em 23 de novembro de 2010:

“A Corte tem argumentado que o direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo a todo momento como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido desse conceito, e não simplesmente como seu objeto. As alíneas d) e e) do artigo 8.2 estabelecem o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e, caso não o faça, o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna. A esse respeito, e em relação a procedimentos que não se referem à matéria penal, o Tribunal salientou previamente que ‘as

circunstâncias de um processo específico, seu significado, seu caráter e seu contexto em um sistema legal determinado, são fatores que fundamentam a determinação de ser a representação legal necessária ou não para o devido processo.”

Portanto, é certo que as garantias convencionais do art. 8, item 2, da CADH devem ter aplicabilidade em todo e qualquer processo judicial que represente o exercício de pretensão punitiva estatal, com situação de desigualdade na relação processual na atribuição de ilícito civil e de possível imposição de sanção restritiva de direito, tal como ocorre na ação por improbidade administrativa, cujo caráter sancionatório foi reforçado pela Lei 14.230/2021, a seguir analisada.

### 3.2. *As mudanças operadas na Lei de Improbidade Administrativa em prol da efetivação da ampla defesa*

O advento da Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, promoveu consideráveis modificações na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1999), consolidando o caráter sancionatório da ação de improbidade administrativa por meio de diversos dispositivos, tais como o que previu a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade (art. 1º, § 4º, Lei 8.429/1999) e o que expressamente afirmou que a ação por improbidade administrativa é repressiva e de caráter sancionatório (art. 17-D, Lei 8.429/1999).

De fato, conforme expressa Marcos Vinicius Pinto<sup>22</sup>, o caráter sancionatório da legislação passou a estar expresso a partir da inserção do citado art. 17-D na Lei 8.429/1999, ressaltando o autor, contudo, que, antes mesmo desse dispositivo ser inserido no texto normativo, era fácil constatar o aspecto punitivo da Lei de Improbidade Administrativa, por exemplo, a partir da nomeação do Capítulo III como “Das Penas”. Contudo, ainda segundo Pinto<sup>23</sup>, as modificações mais recentes “fizeram com que o caráter punitivo dessa norma não mais sofressem questionamentos”.

Para além de questões conceituais anteriormente citadas, a alteração legislativa operou mudanças procedimentais significativas com o intuito de fortalecer o devido processo legal e a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos processos de apuração da prática de ato ímprobo. Nesse sentido, a nova lei passou a prever, por exemplo: a) a necessidade de individualização da conduta e de indicação “indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado” ou as “razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer

22. *Ação de improbidade administrativa...* cit., p. 40.

23. *Ibid.*, p. 75.

dessas provas” na petição inicial (art. 17, § 6º); b) o direito do réu ao interrogatório (art. 17, § 18); c) a impossibilidade de presunção da veracidade dos fatos alegados pela acusação diante da revelia ou do silêncio do acusado (art. 17, §§ 18 e 19, I); d) a vedação à inversão do ônus da prova (art. 17, § 19, II); e) a proibição de dupla punição pelos mesmos fatos (art. 17, § 19, III), entre outras previsões.

Como se observa, a nova legislação tornou o procedimento de apuração de infrações políticas administrativas mais garantista, com elementos de aproximação com técnicas processuais compatíveis com outras legislações sancionatórias, especialmente com a legislação processual penal, conforme defende Temer<sup>24</sup>. Em sentido convergente, Neves e Oliveira reconhecem que várias das normas anteriormente citadas foram inspiradas em normas processuais penais. Para os autores, ficou nítida a “[...] preocupação do legislador em criar técnicas procedimentais diferenciadas para mais adequadamente tutelar o réu contra o poder acusatório do Estado.”<sup>25</sup>

Ocorre que a reforma legislativa, embora tenha manifestamente estabelecido a vedação à presunção de veracidade dos fatos imputados ao réu em caso de revelia, não assentou a obrigatoriedade de atuação de defesa técnica em prol do acusado que permaneceu inerte, perdendo a oportunidade de consolidar ainda mais as garantias da ampla defesa no âmbito do processo judicial punitivo não penal inserto na Lei de Improbidade Administrativa.

Frise-se, ainda que possa soar desnecessário, que, considerando o âmbito de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no que tange aos sujeitos passivos do processo<sup>26</sup>, diversos particulares que, ainda que transitoriamente e sem remuneração, tenham se relacionado com a administração pública direta ou indireta podem figurar no polo passivo da demanda, sendo certo que, entre eles, poderão figurar pessoas de poucos rendimentos e que não possuem acesso à informação a respeito das formas de acesso à Defensoria Pública Estadual ou a outras formas de

24. TEMER, Pedro Pessoa. E se o direito processual penal importar técnicas processuais de uma improbidade administrativa mais garantista? *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 31-49, 2023.

25. NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645367/>]. Acesso em: 30.07.2024.

26. Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

assistência judiciária gratuita. Além do mais, como será melhor abordado no tópico relacionado à necessidade de atuação da Defensoria Pública no caso de revelia, deve ser considerada a hipossuficiência jurídica de todo aquele que litiga contra o Estado-acusação.

Sendo assim, a nosso sentir, teria sido importante que as modificações recentes na Lei de Improbidade Administrativa tivessem se estendido ao acréscimo de dispositivos semelhantes aos da legislação processual penal no procedimento da ação de improbidade, tal como a previsão da obrigatoriedade de questionamento do acusado a respeito de sua condição de vulnerabilidade econômica, apta a ocasionar o fornecimento obrigatório de defesa gratuita pelo Estado a ele, e a imposição de nomeação de defesa técnica mesmos nos casos de revelia.

Contudo, reputamos que, mesmo diante do silêncio da lei, o Poder Judiciário, em prol da efetivação da garantia da ampla defesa e em decorrência da indisponibilidade do direito de defesa técnica, deve zelar pela igualdade das partes na relação processual, procedendo ao reconhecimento da obrigatoriedade de que o réu revel tenha representação jurídica nos autos, a qual, a nosso sentir, deve ser realizada pela Defensoria Pública.

### 3.3. *A necessidade de nomeação de defesa técnica ao réu revel na ação de improbidade administrativa*

Como visto, a indisponibilidade de defesa técnica, em âmbito penal, possui respaldo constitucional e convencional, sendo certo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito tempo deixou clara a obrigatoriedade de extensão da garantia a processos punitivos estatais fora da esfera criminal. Além disso, já se asentou que a ação de improbidade administrativa possui caráter sancionatório, o que foi reforçado pela Lei 14.230/2021, não havendo dúvidas de que há desigualdade processual e potencial restrição de liberdade fundamentais, o que exige a necessidade de observância de garantias próximas (senão, equivalentes) ao processo penal.

Nesse sentido, Merçon-Vargas aduz que diante do “[...] desequilíbrio estrutural do processo acusatório, em que o Estado, com todo o seu aparato investigativo, se opõe ao indivíduo para o exercício do poder de punir, o garantismo é o contraponto para se buscar um processo igualitário.”<sup>27</sup>

Portanto, a partir de tudo o que foi dito, a única conclusão possível é a que estende o direito à indisponibilidade técnica ao procedimento da Lei de Improbidade

---

27. *Ibid.*, p. 28.



Administrativa, pois quando há potencial expressivo de restrição de direitos em razão do exercício do poder punitivo estatal, “os princípios constitucionais do processo devem ser observados também com mais densidade”<sup>28</sup>

Diversas vozes da doutrina tradicional possuem entendimento semelhante. Capez, por exemplo, sustenta a “[...] impossibilidade de se declarar alguém ‘culpado’ pela prática do ato ímprobo e puni-lo com sanções tão graves quanto as penais, sem a preocupação de assegurar-lhe os mesmos princípios protetivos”<sup>29</sup>. Por sua vez, Camilo Júnior diz que “[...] na medida do possível, princípios penais [devem ser] incorporados de modo claro no regime jurídico da improbidade administrativa”<sup>30-31</sup>.

Não há dúvida, portanto, conforme também entende Azevedo Branco que

“tomando como referência as sanções decorrentes da prática dos atos de improbidade administrativa, observa-se que não existe de fato diferença entre um ilícito penal e um ilícito administrativo, podendo, portanto, em contrariedade ao senso comum, o segundo ter consequências mais graves que o primeiro.”<sup>32</sup>

Assim, não há justificativa para que não se garanta o direito à indisponibilidade de defesa técnica ao requerido na ação de improbidade administrativa.

---

28. Ibid., p. 37.

29. CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa: limites constitucionais à lei de improbidade*. 2. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2015. *E-book*. ISBN 9788502626157. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626157/>]. Acesso em: 26.07.2024.

30. CAMILO JÚNIOR, Ray Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, jan. 2011.

31. No mesmo sentido: “Em que pese a sua natureza extra-penal, a aplicação das sanções cominadas na Lei de Improbidade, não raro, haverá de ser direcionada pelos princípios básicos norteadores do direito penal, o qual sempre assumirá uma posição subsidiária no exercício do poder sancionador do Estado, já que este, como visto, deflui de uma origem comum, e as normas penais, em razão de sua maior severidade, outorgam garantias mais amplas ao cidadão” (GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 341). E ainda: “[...] tal lei [de improbidade administrativa] assume um caráter político-administrativo, (...) não de natureza penal, mas com vários princípios que norteiam tal ramo do direito, pois penaliza o agente público com as penas aqui citadas” (MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008. p. 70).

32. AZEVEDO BRANCO, André Soares de. *Standards de prova nas ações de improbidade administrativa*. 2022. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2022. p. 167.

Merçon-Vargas ao avaliar especificamente a questão da indisponibilidade de defesa técnica em sua obra de referência na discussão do tema das garantias constitucionais nos processos punitivos não penais, defende a necessidade de garantia de paridade de armas entre as partes, enquanto manifestação do princípio da igualdade e da ampla defesa, para a aplicação de sanção punitivas restritivas de direito, aduzindo o seguinte:

“Se o imputado não adota a iniciativa de se defender tecnicamente no processo judicial, o Estado tem o dever de providenciar o exercício da defesa, para que eventual decisão condenatória não esteja baseada apenas em versão unilateral dos fatos. A falta de defesa, além de acentuar o desequilíbrio da relação jurídica processual, traz prejuízos ao exercício dialético do processo, na medida em que não são levantados argumentos capazes de infirmar a tese de imputação.”<sup>33</sup>

Nesses termos, para a autora, em decorrência do princípio da ampla defesa, na hipótese de inércia do réu, deve o juiz nomear um defensor para oferecê-la, com aplicação analógica do disposto no art. 396-A, § 2º, do CPP, na medida em que

“o simples fato de tal desdobramento do exercício pleno do direito de defesa não estar previsto, de forma expressa, na legislação especial não impede que se reconheça a sua imprescindibilidade, com um desdobramento do princípio constitucional da ampla defesa.”<sup>34-35-36</sup>

---

33. *Ibid.*, p. 173.

34. *Ibid.*, p. 174.

35. Em raciocínio semelhante, mas realizando o caminho inverso, ou seja, de transposição de regras da Lei de Improbidade Administrativa de cunho mais garantista para o Processo Penal, Temer (2023, p. 42) avalia que “[...] há uma ‘vinculação íntima’ entre o direito processual penal sancionador e o direito administrativo sancionador de natureza pessoal que permitirá, à luz do caso concreto, abrir as portas comunicantes para o transporte de algumas técnicas processuais trazidas pela recente Lei 14.230/21 para o CPP”.

36. Neves e Oliveira (2022, p. 175), embora defendam certa cautela na transposição de normas do Processo Penal ao procedimento da improbidade administrativa sob o argumento de que “[...] naquilo que o legislador pretendia ser influenciado ele o foi de forma expressa”, concluem que excluir qualquer influência das normas processuais penais ou, pelo menos, de seus princípios no procedimento da Lei de Improbidade Administrativa contraria a natureza de ação sancionatória reconhecida pelo próprio legislador. Em suas palavras, “Não sou especialista do tema, mas me parece que essa espécie de processo tem como princípio basilar o devido processo legal, que, quando aplicado ao processo estatal sancionatório, se consubstancia nos princípios de presunção de inocência, contraditório, ampla defesa, publicidade, juiz natural, *nemo tenetur se detegere*, proporcionalidade, dentre outros”.

Assim, de acordo com a posição defendida, a ausência de defesa, nesse caso, poderá ensejar a nulidade do processo, por se tratar de um direito indisponível, ainda que não haja norma explícita nesse sentido, pois “o defeito no processo é grave e decorre da eficácia direta da garantia constitucional da ampla defesa, aplicada aos processos punitivos não penais”<sup>37-38</sup>.

Nesse contexto, chegamos ao deslinde do presente trabalho, que visa identificar e ressaltar o papel da Defensoria Pública em processos judiciais punitivos não penais, especialmente, nesse particular, no bojo da ação de improbidade administrativa.

#### 4. O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA EM PROCESSOS PUNITIVOS NÃO PENAIS

A Defensoria Pública, tal como estruturada atualmente, foi concebida pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 134 previu, na sua redação original, que “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”<sup>39</sup>.

---

A nosso sentir, portanto, os autores reconhecem a possibilidade de defesa do raciocínio abraçado neste trabalho, visto que, conforme ressaltado, a indisponibilidade de defesa técnica é indissociável do contraditório e da ampla defesa.

37. MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo...* cit., p. 278-279.
38. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de Mato Grosso: “Apelação – Ação de improbidade administrativa – Julgada procedente na origem – Apelo – Preliminar – Nulidade da sentença por cerceamento de defesa – Acolhida – Partes afirmaram não possuírem condições de nomear advogado – Foi decretada a revelia – Ausência de defesa Técnica – Nulidade absoluta – Cerceamento de defesa configurado – Preliminar acolhida – Sentença anulada. 1. A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos os cidadãos o direito de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o que implica na obrigatoriedade da defesa técnica, especialmente em ações judiciais que possuam o caráter sancionatório tal qual é a ação de improbidade administrativa. 2. In casu, a decretação de revelia e a ausência de nomeação de advogado dativo constituem claro e inequívoco cerceamento de defesa, o que impõe o retorno dos autos à origem para a devida instrução processual. 3. Preliminar acolhida, sentença anulada” (TJ-MT 00001451220188110077 MT, rel. Agamenon Alcantara Moreno Junior, j. 06.12.2022, 2ª Câmara de Direito Público e Coletivo, Data de Publicação: 16.12.2022).
39. A atual redação do *caput* do art. 134 é a seguinte: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos

Embora a redação possa ser considerada tímida ao considerarmos os contornos atuais, que não serão objeto de estudo neste momento, não há dúvidas de que a previsão constitucional da Defensoria Pública deu outra abrangência ao direito de acesso à justiça às pessoas hipossuficientes, com a consagração do modelo público de assistência jurídica no sistema de justiça brasileiro.

Com efeito, nas palavras de Fensterseifer, a Defensoria Pública é verdadeira expressão do “[...] novo paradigma jurídico social ou mesmo de um constitucionalismo social estabelecido pela CF/88.9”, de modo que “não por outra razão é lá que se verifica a sua gênese constitucional (art. 134)”, concluindo o autor que “A Defensoria Pública é concebida a partir de um novo Sistema de Justiça consolidado sob a ótica de um Estado Social e Democrático de Direito, tal qual assegurado na CF/88”.<sup>40</sup>

Importa destacar, considerando os contornos deste trabalho, que o conceito de hipossuficiente atualmente não se restringe ao aspecto econômico, tendo o seu âmbito de alcance sido alargado para abarcar os chamados hipossuficientes organizacionais. Novamente invocando as lições de Fensterseifer:

“[...] para além da perspectiva estritamente econômica, é fundamental para atender aos ditames constitucionais de forma plena a proteção especial de determinados indivíduos e grupos sociais em razão da presunção da sua vulnerabilidade existencial por se enquadrarem em determinada situação de fato que não lhes permite exercerem os seus direitos com plenitude perante o Sistema de Justiça, o que faz com que seja atribuída à Defensoria Pública a tutela e promoção dos seus direitos.”<sup>41</sup>

Nesse contexto, diante do atual quadro normativo brasileiro, cabe à Defensoria Pública o exercício do direito da defesa em processos penais tanto em prol dos réus que se manifestarem pela insuficiência de recursos, quanto na defesa daqueles que,

---

individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”. Além de ter a redação aperfeiçoada, com a previsão expressa da atuação da Defensoria Pública em todos os graus, em âmbito judicial e extrajudicial e na defesa dos direitos humanos e dos direitos coletivos, o dispositivo passou a contar com parágrafos que estabeleceram o atual quadro normativo da instituição, com a estipulação de autonomia funcional e administrativa, de iniciativa de lei orçamentária e de princípios institucionais que objetivam garantir a autonomia funcional de seus membros.

40. FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. E-book. ISBN 9788530975937. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975937/]. Acesso em: 25.07.2024.

41. *Ibid.*, p. 39.

apesar de devidamente citados, permanecerem silentes, o que também se justifica a partir de uma concepção de “necessitado” em sentido amplo, conforme expressamente aduz Fensterseifer:

“[...] cabe ainda uma reflexão sobre a concepção de necessitado em sentido amplo sob a ótica individual, ou seja, situações em que a Defensoria Pública atua em favor de um único indivíduo independentemente da sua condição econômica. Para começar, vale destacar a exigência legal de defesa efetiva no processo penal, o que é desvinculado da condição econômica do réu sempre que o mesmo não constituir advogado particular. A referida previsão legal reconhece, em linhas gerais, a relação desigual de forças entre o indivíduo e o Estado-Acusador, bem como a decorrente situação de vulnerabilidade do primeiro, tornando imperativa a atuação da Defensoria Pública, de modo a atender ao devido processo legal e equilibrar a relação jurídica processual-penal à luz de um Sistema Processual-Penal Acusatório (tal como previsto na CF/88).”<sup>42</sup>

Dedicando-se a analisar os sujeitos que podem ser assistidos pela Defensoria Pública no processo penal, Paiva<sup>43</sup> explicita a existência de três teorias a esse respeito. A primeira, denominada teoria do acesso restritivo, preceitua que a Defensoria Pública somente poderia representar, no âmbito da persecução penal, os que comprovassem não ter condições financeiras para a contratação de um advogado particular. Dessa forma, no caso de inércia de acusado com capacidade econômica, para fins de consolidação da imprescindibilidade da defesa técnica, o juiz deveria nomear um advogado dativo ao réu, para quem estaria obrigado a pagar honorários. Paiva afirma que a teoria parece ter certa correspondência com a literalidade do art. 263 do CPP e é defendida por parte da doutrina, tal como por Renato Brasileiro<sup>44</sup>.

Respeitosamente, contudo, a posição ignora o atual conceito amplo de hipossuficiência, conforme já referenciado, o qual, vale frisar, possui respaldo nas Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, realizada em Brasília em março de 2008. Além do mais, não há sentido na defesa da tese de que o estado deve dispender verba em favor de advogado dativo, para atuação eventual e não estratégica, e não na

---

42. Ibid., p. 46.

43. PAIVA, Caio C. *Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530972233. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972233/>]. Acesso em: 31.07.2024.

44. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 1188-1189.

estruturação da instituição pública constitucionalmente erigida para o exercício da assistência jurídica gratuita, principalmente diante do *déficit* que o Poder Público tem na consolidação das Defensorias Públicas pelo país<sup>45</sup>.

Já a teoria do acesso intermediário adota o conceito de hipossuficiente jurídico, decorrente do fato de a parte acusada não estar devidamente representada no processo, diferenciando-se da primeira apenas em razão do entendimento de que a defesa do réu inerte deverá ser realizada pela Defensoria Pública, sendo que aquele que disponha de possibilidades financeiras deverá reverter os honorários em favor da instituição, conforme expressamente prevê o art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/1994, que estabelece a função institucional da Defensoria Pública de

“executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores.”

Paiva, porém, apesar de reconhecer que a teoria possui grande adesão doutrinária e institucional, critica o posicionamento por entender que, no caso concreto, a verba não possui caráter sucumbencial.<sup>46</sup>

Por fim, o respeitado professor e ex-defensor Público expõe a existência da teoria que ele reputa a mais adequada, qual seja, a teoria do acesso universal, a qual

“[...] contempla a assistência jurídica integral (e gratuita) no processo penal a todos, inclusive aos acusados com condições de contratar advogado, que assumem, aqui, a condição de sujeitos processualmente vulneráveis a quem deve ser reconhecida a imprescindibilidade da defesa técnica”.

O autor entende que a teoria é a mais ajustada a partir da dicção normativa do art. 8, item 2, alínea “e”, da CADH, concluindo que: “qualquer cidadão, independentemente da condição financeira, pode ser assistido da Defensoria Pública no processo penal, visto que a CADH não condiciona a imprescindibilidade da defesa técnica à hipossuficiência financeira do acusado.”<sup>47</sup>

---

45. Vale destacar que a EC 80/2014, que previu que todas as unidades jurisdicionais deveriam contar com a atuação da Defensoria Pública até o ano de 2022, está sendo descumprida pelo estado do Espírito Santo e muitas outras unidades federativas, inclusive pela União no que tange à DPU, o que decorre da ausência de investimento orçamentário da instituição.

46. *Ibid.*, p. 138.

47. *Ibid.*, p. 140.

Destaca-se, porém, que a teoria não está livre de críticas, por poder representar prejuízo à qualidade do serviço prestado pela Defensoria Pública em prol dos economicamente necessitados e enriquecimento ilícito do acusado que, podendo arcar com os custos, opta voluntariamente por acessar o serviço gratuito da instituição.

A nosso sentir, há a possibilidade de conjugação das duas últimas teorias, de modo que a atuação da Defensoria Pública deve ocorrer de forma integral e gratuita sempre que o réu informe a situação de hipossuficiência econômica ou permanença inerte, devendo eventual discussão a respeito do pagamento de honorários ser realizada em momento posterior e apenas quando cabalmente evidenciada a possibilidade econômica do acusado. Essa posição, em nossa concepção, equilibra o postulado da inafastabilidade da defesa técnica com a necessidade de resposta às críticas anteriormente elencadas e decorre de uma interpretação sistemática do art. 8, item 2, alínea “e”, da CADH com as normas do art. 263, parágrafo único, do CPP e do art. 4º, XXI, da Lei Complementar 80/1994.

De todo modo, na atual ordem constitucional brasileira, seja a partir da concepção da teoria da acesso intermediário, seja em razão da teoria do acesso universal<sup>48</sup>, pode-se dizer que a Defensoria Pública é a instituição incumbida da efetivação do princípio da indisponibilidade da defesa técnica, ainda que a legislação infraconstitucional processual penal ainda não tenha operado as devidas atualizações para a menção expressa à instituição nos já citados arts. 263 e 396-A, § 2º, do Código de Processo Penal<sup>49</sup>.

A conclusão que ora se apresenta deve ser estendida ao âmbito da improbidade administrativa, conforme também entende Merçon-Vargas,<sup>50</sup> a qual, após defender que, para dar concretude a esta garantia, o Estado tem o dever de instituir um sistema de defesa tão bem estruturado quanto o Ministério Público, expressamente sentencia: “A Defensoria Pública é a instituição que representa o potencial de concretização desta garantia”.

---

48. Como pontuado, não consideramos a teoria do acesso restrito adequada ao atual panorama constitucional e infraconstitucional brasileiro.

49. A omissão legislativa pode ser corrigida no caso de aprovação do Projeto de Lei do Senado 156/2009, que pretende instituir o Novo Código de Processo Penal, se a atual redação do art. 59, § 1º, for mantida nos seguintes termos: “Com o fim de assegurar o contraditório e a ampla defesa no âmbito do processo penal, caberá à Defensoria Pública o patrocínio da defesa do acusado que, por qualquer motivo, não tenha constituído advogado, independentemente de sua situação econômica, ressalvado o direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”.

50. *Ibid.*, p. 157.



No mesmo sentido é a conclusão de Paiva<sup>51</sup>, que argumenta que também há vulnerabilidade jurídica em decorrência do não comparecimento pessoal no processo em situações que se aproximam da atuação penal em razão da alta relevância dos direitos discutidos em juízo, o que deve ensejar a constituição compulsória de defesa técnica.

Em conclusão, no âmbito da ação de improbidade administrativa, além de não haver dúvidas sobre a possibilidade de atuação da Defensoria Pública em prol de todo aquele que se manifestar pela hipossuficiência de recursos, é certo que a instituição deverá ser chamada ao processo, por ato oficioso do juízo, para a representação de todo réu que permanecer inerte após regular citação pessoal<sup>52</sup>, em aplicação analógica dos arts. 263 e 396-A, § 2º, do Código de Processo Penal, em prol da efetivação da ampla defesa e da garantia da imprescindibilidade de defesa técnica, conforme entendimento estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDAH) no sentido de extensão das garantias do art. 8º da CADH aos processos punitivos estatais de caráter não penal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto, observou-se que a jurisprudência consolidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) estende as garantias do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) aos processos punitivos estatais de caráter não penal, o que reforça a necessidade de defesa técnica em ações sancionatórias civis, tais como as de improbidade administrativa. Isso porque os mesmos fundamentos relacionados à desigualdade na relação processual e à afetação de direitos fundamentais relevantes, que consubstanciam e formatam a garantia em âmbito penal, também estão presentes nesses processos.

Dessa forma, a partir da tese defendida neste artigo, a Defensoria Pública desempenha um papel crucial na garantia da ampla defesa e na observância da imprescindibilidade da defesa técnica no âmbito de processos punitivos não penais. É indiscutível que, em casos de hipossuficiência de recursos, a Defensoria Pública deve atuar em prol do réu, garantindo sua representação jurídica. Contudo, mais do que isso, a atuação da Defensoria Pública deve ser provocada pelo juízo também para representar réus que permaneçam inertes após citação pessoal, em aplicação análoga dos arts. 263 e 396-A, § 2º, do Código de Processo Penal e em conformidade com os princípios constitucionais de ampla defesa.

---

51. PAIVA, Caio C. *Prática penal...* cit., p. 137.

52. Rememore-se que a atuação da Defensoria Pública, enquanto Curadora Especial, nas hipóteses de citação ficta, por edital ou hora certa, ou em estabelecimento prisional já encontra previsão legal expressa no art. 72, parágrafo único, do CPC.

A participação da Defensoria Pública, nesses casos, não só assegura a efetivação dos direitos fundamentais dos acusados, mas também equilibra a relação processual, proporcionando igualdade de condições entre as partes. Com efeito, a extensão das garantias processuais penais para a esfera da improbidade administrativa é um passo necessário para garantir um processo justo e equitativo, conforme preceituado por diversos estudiosos e confirmado pelas decisões da Corte IDH, não havendo justificativa para a exclusão dos processos de improbidade administrativa dessa conclusão.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO BRANCO, André Soares de. *Standards de prova nas ações de improbidade administrativa*. 2022. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Vitória, 2022.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- CAMILO JÚNIOR, Ruy Pereira. A improbidade administrativa e os princípios constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 27, jan. 2011.
- CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa: limites constitucionais à lei de improbidade*. 2. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2015. *E-book*. ISBN 9788502626157. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626157/>]. Acesso em: 26.07.2024.
- CHAI, C. G.; GONÇALVES, A. B. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a desconsideração da prescrição da pretensão punitiva estatal no Caso Bulacio vs. Argentina – Punitivismo ou adequação do direito interno ao sistema regional de direitos humanos. *CIS – Conjecturas Inter Studies*, [S.l.], v. 22, n. 5, p. 30-49, 2022. DOI: 10.53660/CONJ-904-111. Disponível em: [<https://conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/904/691>]. Acesso em: 26.07.2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Maldonado Ordoñez v. Guatemala*, São José da Costa Rica, 3 de maio de 2001. Disponível em [[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_311\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf)]. Acesso em 24.07.2024.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de novembro de 2010. Série C, n. 218. Disponível em: [[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_por.pdf)]. Acesso em: 26.07.2024.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017. *E-book*. ISBN 9788530975937. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530975937/>]. Acesso em: 25.07.2024.

- GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- JORGE, Flávio Cheim. A conversão da ação de improbidade administrativa em ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 345, ano 48, p. 267-287, nov. 2023.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 867, jan. 2008.
- MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do processo judicial punitivo não penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645367/>]. Acesso em: 30.07.2024.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)]. Acesso em: 29.01.2024.
- PAIVA, Caio C. *Prática penal para Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2016. E-book. ISBN 9788530972233. Disponível em: [<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530972233/>]. Acesso em: 31.07.2024.
- PINTO, Marcos Vinicius. *Ação de improbidade administrativa: presunção de Inocência e ne bis in idem*. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- TEMER, Pedro Pessoa. E se o direito processual penal importar técnicas processuais de uma improbidade administrativa mais garantista? *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 31-49, 2023.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

## 7. LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 05.10.1988, Disponível em: [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)]. Acesso em: 27.07.2024.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 13.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 27.07.2024.

BRASIL. Lei 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 03.06.1992. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l8429.htm]. Acesso em: 27.07.2024.

BRASIL. Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 13.01.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/lcp/lcp80.htm]. Acesso em: 27.07.2024.

BRASIL. Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 26.10.2021. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1]. Acesso em: 27.07.2024.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Administrativo; Constitucional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A legitimidade da Defensoria Pública para a ação de improbidade após a Lei 14.230/2021, de Edilson Santana Gonçalves Filho – *RePro* 341/203-220;
- Acordo em ação de improbidade administrativa: desafios atuais e perspectivas para o futuro, de Sofia Cavalcanti Campelo – *RT* 1011/23-50; e
- Pontos polêmicos instrumentais na Nova Lei de Improbidade Administrativa: juízo de prelibação, vinculação da assessoria jurídica à defesa do ato e acordo de não persecução civil, de José Jerônimo Nogueira de Lima e Thiago Reis Augusto Rigamonti – *RT* 1052/19-36.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# ATUALIDADES SOBRE A AÇÃO REIVINDICATÓRIA

---

## NEWS ABOUT THE CLAIM ACTION

GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA

Doutor e Mestre em direito pela PUC-SP. Professor Titular da UFRN, Advogado.  
Gleydson@aol.adv.br

Recebido em: 23.05.2024

Aprovado em: 05.09.2024

ÁREAS DO DIREITO: Civil; Processual

**RESUMO:** O presente artigo visa examinar os aspectos atuais e polêmicos sobre a ação reivindicatória, à luz da dimensão processual da propriedade. Para tanto, foram examinados o conceito de propriedade, a dimensão processual da propriedade, a causa de pedir, o objeto, a legitimidade, os requisitos da petição inicial, o mérito e a defesa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade – Dimensão processual e atributos – Ação reivindicatória.

**ABSTRACT:** This article aims to examine the current and controversial aspects of the claim action, in light of the procedural dimension of property. To this end, the concept of property, the procedural dimension of property, the cause of action, the object, legitimacy, the requirements of the initial petition, the merits and the defense were examined.

**KEYWORDS:** Property – Procedural dimension and attributes – Claim action.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Direito de propriedade. III. Ação reivindicatória. IV. Causa de pedir. V. Objeto. VI. Legitimidade. VII. Requisitos da petição inicial. VIII. Mérito. IX. Defesa. X. Conclusão. XI. Referência bibliográfica.

## I. INTRODUÇÃO

O direito de propriedade é o direito real por excelência ou direito real de maior conteúdo, por nele estarem reunidos todos os outros direitos reais. O conteúdo de qualquer outro direito real é menor em sua extensão do que o de propriedade. Trata-se – a propriedade – “do mais extenso direito de domínio que sobre uma coisa permite o ordenamento jurídico”<sup>1</sup> ou, como afirma José de Oliveira Ascensão<sup>2</sup>,

---

1. WOLFF, Martin. *Derecho das Cosas* cit., p. 325.

“a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir”, do qual irradiam todos os demais direitos reais.

Dada a relevância social e econômica, a apropriação individual dos bens encontra previsão ou disciplina em todos os ordenamentos jurídicos, uma vez que é assente a orientação de que os bens sujeitos ao regime legal da propriedade devem proporcionar a extração dos benefícios e bem-estar social e econômico.

O presente artigo visa examinar os aspectos atuais e polêmicos sobre a ação reivindicatória.

## II. DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade tradicionalmente prevista nos Códigos Civis de 1916, em seu art. 524, e de 2002, em seu art. 1.228, refere-se às coisas, isto é, aos bens corpóreos, móveis e imóveis, e traz, ao invés do seu conceito, a descrição dos seus poderes ou atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor da coisa, e a reavê-la, a exemplo da propriedade quiritária dos romanos que era assentada no *ius utendi, fruendi et abutendi*.

Trata-se de direito absoluto no sentido que a propriedade é o direito real por excelência que confere ao seu titular a maior gama possível de faculdades ou de poderes sobre a coisa, e tem as características do absolutismo, da exclusividade e da perpetuidade. O direito de propriedade é absoluto, porque a legislação civil atribui ao seu titular as faculdades de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, sendo oponível contra todos (validade e eficácia *erga omnes*). Os poderes do titular da propriedade são ilimitados, já que a legislação civil confere a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir, do qual irradiam todos os demais direitos reais.

O direito de propriedade é dotado da exclusividade, tendo em vista que somente o seu titular tem os poderes de usar, gozar e dispor do bem, afastando-se os terceiros em geral, isto é, exclui-se a possibilidade de que exista outro direito de propriedade sobre a mesma coisa.

O direito de propriedade é dotado da perpetuidade, tendo, em regra, duração ilimitada e independe de condição. A propriedade resolúvel é a que submete a propriedade a uma condição resolutiva que, caso implementada, opera a sua extinção.

Dentro de tais características, reconhece-se o direito de desmembramento ou da elasticidade, pelo qual é possível reduzir ou encolher os poderes inerentes à propriedade, podendo transferir alguma das faculdades para outra pessoa. Desaparecendo a restrição, seu direito de propriedade se expande, voltando à sua

---

2. *Direito civil*: reais cit., p. 448.



plenitude. Assim, a propriedade é plena, quando todos os poderes inerentes à propriedade se concentram na pessoa do proprietário, e, de outro lado, é reputada como limitada, quando os atributos do titular sofrem restrições por força da lei ou da vontade.

Pelo direito de usar (*ius utendi*), o titular da coisa tem a faculdade de utilizá-la, em benefício próprio ou de terceiro. O direito de gozar (*ius fruendi*) se refere à faculdade de explorar economicamente a coisa, percebendo os seus frutos, sejam eles naturais, sejam eles civis, e corresponde à faculdade de explorar todo o potencial econômico da coisa, como e quando lhe convier, apropriando-se dos seus frutos naturais ou dos frutos civis. O direito de dispor (*ius abutendi*) assegura ao titular a faculdade de alienar a coisa, a que título for, compreendendo o direito de desmembrar a coisa, consumi-la, transformá-la, destruí-la, constituir gravames sobre ela. Tem o titular da propriedade o direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*), sendo-lhe assegurado meios processuais para mantê-la em seu patrimônio e para reavê-la de quem quer que seja que, sem justa causa, a possua ou a detenha.

### III. AÇÃO REIVINDICATÓRIA

A *reivindicatio* é composta das expressões latinas *rei* (coisa) e *vindicatio* (reclamação em juízo), sendo traduzida pela reclamação judicial da coisa, de acordo com a definição de De Plácido e Silva<sup>3</sup>.

O direito romano conhecia a *reivindicatio*, que era destinada ao *dominus ex iure quiritium* que não fosse o possuidor, e revelava uma ação de defesa da propriedade contra o terceiro possuidor, quer esse exercesse uma posse com *animus* de agir como dono, reputado como verdadeiro possuidor, quer se tratasse de um simples detentor, embora este tivesse o ônus de declarar a pessoa em nome de quem detinha a coisa<sup>4</sup>.

O Código Civil de 1916, em seu art. 524, estabelecia que “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente a possua”.

Em redação semelhante, o Código Civil de 2002, em seu art. 1.196, prescreve que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem que injustamente a possua ou a detenha”.

### IV. CAUSA DE PEDIR

Deparando-se com ameaça ou violação à sua posse sobre a coisa, o titular do direito real de propriedade dispõe de dois instrumentos processuais tradicionalmente

3. *Vocabulário jurídico*, v. 3-4, p. 1335.

4. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil* cit., v. 2, p. 495.

vocacionados à recuperação da coisa, quais sejam: o interdito possessório fundado no direito de possuir (*ius possessionis*); e a ação reivindicatória fundada no direito à posse decorrente da propriedade (*ius possidendi*).

A propósito, as ações possessória e reivindicatória têm o mesmo pedido que consiste na pretensão de recuperação da coisa. O que difere uma da outra é a causa de pedir. É que a *causa petendi* da ação possessória consiste na situação fática consubstanciada no legítimo exercício da posse submetido à ameaça ou à violação qualificada pelo esbulho ou turbção, enquanto a da ação reivindicatória consiste no direito à posse, derivado do direito de propriedade, o que abrange a posse, que é exercida injustamente, isto é, sem causa jurídica, pelo réu<sup>5</sup>.

A esse respeito, prevalece a orientação de que não é lícito ao proprietário optar pela propositura – e pendência – simultaneamente das demandas possessória e petitoria, em razão da separação dos juízos possessório e dominial que remonta ao direito romano, em conformidade com as máximas de que *nihil commune habet proprietatis cum possessione ou separata esse debet possessio a proprietate*<sup>6</sup>.

Trata-se de uma autêntica ação fundada no direito real de propriedade, cujo pedido de restituição da coisa se ampara no direito de sequela de reaver a coisa de quem quer que a injustamente a possua, sendo considerada como uma demanda dominial ou petitoria, na medida em que se presta à defesa do domínio ou de outro direito real sobre a coisa<sup>7</sup>.

O poder de o proprietário não possuidor postular a reivindicação da coisa daquele que, na condição de possuidor não proprietário, a injustamente a possua é a dimensão processual da propriedade, enquanto os poderes de usar, de gozar e de dispor da coisa exteriorizam a sua dimensão econômica.

A dimensão processual da propriedade não se exaure na ação reivindicatória, haja vista a possibilidade em abstrato de o proprietário se valer de outras demandas petitorias, tais como ação declaratória, ação de imissão na posse, e ação negatória<sup>8</sup>.

---

5. ALVIM NETO, Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento...* cit., v. 1, p. 339.

6. PEREIRA, Altino Portugal Soares. *A exceção de domínio no código de processo civil...* cit., p. 4 e ss.

7. TOSTA, Jorge. Contornos jurídicos gerais das ações petitorias. In: *Direito Imobiliário Brasileiro...* cit., p. 972.

8. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, “Costuma-se dizer que a ação de reivindicação é a ação do proprietário sem posse contra o possuidor não proprietário. Esta idéia que se faz

Se é certo que estruturalmente a legislação civil confere ao titular do direito real de propriedade os poderes consubstanciados no uso, gozo e disposição da coisa (*jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*), caso não esteja a exercer tais faculdades, por estar a coisa sob o exercício pelo possuidor de posse injusta ou sem causa jurídica, tem-se que é lícito ao proprietário não possuidor propor a ação reivindicatória com o propósito de obter a restituição da coisa. Isso porque não faria qualquer sentido o titular da propriedade reunir os atributos do *jus utendi, jus fruendi e jus abutendi*, se não lhe fosse concedida a dimensão processual de, a par do atributo da sequela, reaver a coisa de quem quer que a injustamente a possua.

## V. OBJETO

O objeto da ação reivindicatória consiste na restituição da coisa com todos os seus acessórios, frutos, rendimentos e indenizações, estando a demonstração do direito de propriedade, do qual resulta o direito à posse, adstrita à sua causa de pedir, sendo considerada uma ação real imobiliária, dando-se ensejo ao juízo petitório ou dominial, e atrai a aplicação das regras processuais que exigem a autorização do cônjuge e a citação de ambos os cônjuges (CPC/2015, art. 73, *caput*, § 1º, I) e a competência absoluta do foro da situação da coisa sobre bens imóveis (CPC/2015, art. 47).

A pretensão reivindicatória recai sobre coisas, isto é, sobre bens corpóreos, imóveis e móveis, estando excluídos os bens incorpóreos, tais como direitos pessoais, bens imateriais<sup>9</sup>.

Nada impede que a mencionada pretensão incida sobre a coisa inteira ou parte dela, motivo pelo qual é assente a orientação de que a petição inicial deve individuar a coisa que reivindica, com a descrição, localização, limites, demarcação e confrontação precisas.

Apesar da discussão doutrinária, afigura-se que a ação reivindicatória, por se tratar de uma ação real, extingue-se nos prazos estabelecidos na lei para o usucapão, haja vista que o direito do novo adquirente elimina o do antigo titular, na esteira da lição de Clóvis Beviláqua<sup>10</sup>.

---

da ação reivindicatória, ainda que não seja propriamente incorreta, é insuficiente para que se obtenha com ela uma conceituação aceitável dessa demanda. Inúmeras poderiam ser as ações atribuídas ao proprietário sem posse contra o possuidor não proprietário” (*Curso de processo civil... cit.*, v. 2, p. 219).

9. LOPES, Serpa. *Curso de direito civil... cit.*, v. 2, p. 498.

10. *Código civil... cit.*, v. 3, p. 321.

## VI. LEGITIMIDADE

Como se trata de ação real imobiliária, o titular do direito de propriedade reputa-se legitimado para a propositura da ação reivindicatória, podendo pleitear a pretensão de restituição da coisa, ainda que não tenha anteriormente exercido posse sobre o imóvel<sup>11</sup>.

O fato de a titularidade do direito de propriedade ser questionada em demanda judicial não afasta a legitimidade ativa do proprietário para o ajuizamento da ação reivindicatória, tendo em vista que impera a presunção de legitimidade das informações constantes do sistema de registro imobiliário. Embora o registro do título aquisitivo da propriedade no registro imobiliário seja revestido de presunção relativa, enquanto o registro não for definitivamente anulado, subsiste a presunção de validade, de sorte que a redação constante do art. 1.245, § 2º, do Código Civil de 2002 aponta que “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação da invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”.

Além disso, a Lei 6.015/1973 – de Registro Público, em seu art. 252, adota a mesma diretriz, reconhecendo a eficácia do registro até o seu cancelamento. Assim, “não basta, para ilidir a fé pública que o registro imobiliário reveste, o ajuizamento de ação tendente a invalidá-lo; exige-se sua procedência”<sup>12</sup>.

É possível que, no âmbito da ação reivindicatória, haja a discussão sobre quem é o verdadeiro titular do direito real de propriedade – hipóteses de sobreposição de imóveis ou as partes apresentam título dominial translativo emanado da mesma pessoa –, de sorte que a pretensão dominial deverá ser dirimida à luz do princípio da prioridade do registro, conquanto a transferência do direito real de propriedade pressupõe o registro do título translativo no Registro de Imóveis, a teor do art. 1.245, *caput* e § 1º, do Código Civil de 2002, segundo o qual “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis” e “Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”<sup>13</sup>.

---

11. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado...* cit., t. 14, p. 20.

12. STJ, REsp 988.505/DF, 3ª T., Min. Nancy Andrighi, DJ 05.08.2008.

13. “Civil e processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação reivindicatória. Ação de anulação de ato jurídico c.c. Indenização por perdas e danos. Fraude na retificação do registro público em razão de alteração substancial da área do imóvel. Ofensa ao art. 535, do CPC. Inexistência. Ilegitimidade ativa *ad causam* do espólio. Julgamento extra petita.

Nesse contexto, em tese é lícito ao réu, no âmbito da ação reivindicatória, suscitar a alegação de vício do qual acarreta a invalidade do título dominial que amparou

Súmulas 7 do STJ e 283 do STF. Citação do litisconsórcio necessário. Nulidade do título oriundo de terras devolutas. Prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Agravo não provido.

1. Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver no julgado omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 535 do CPC, o que não se observa no caso dos autos, pois houve manifestação suficiente pelo Tribunal de origem, em relação à ocorrência de julgamento extra petita; à necessidade de citação do litisconsorte necessário; e, à sobreposição de áreas nas matrículas do imóvel reivindicado.

2. Ausente impugnação a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido quanto à legitimidade ativa *ad causam* do espólio, o recurso especial não merece ser conhecido. Inteligência da Súmula nº 283 do STF, aplicável, por analogia, ao recurso especial.

3. O Tribunal de origem concluiu que havia sobreposição de área de 21.227,12 m<sup>2</sup> nas matrículas pertencentes às partes litigantes na ação reivindicatória e, em razão da prevalência da antiguidade do registro decidiu que a área pertencia ao réu da ação, o que afasta a ocorrência de julgamento extra petita pelo fato do acórdão ter determinado a exclusão dessa área da matrícula pertencente ao autor da ação reivindicatória” (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 1.438.125/SC, rel. Min. Moura Ribeiro, v.u., *DJe* 11.03.2016); “Recurso especial. Civil. Agravo de instrumento. Execução. Penhora. Bem imóvel objeto de cessão de direito à meação. Ausência de registro na forma exigida pelo art. 1.245 do código civil. Propriedade não transferida. Possibilidade da constrição.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- A transferência da propriedade do bem imóvel entre vivos dá-se mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis, permanecendo o alienante na condição de proprietário do bem enquanto não for efetuado o registro.

III.- No caso, muito embora a cessão de direitos tenha sido celebrada em cartório, por meio Escritura Pública de Cessão de Direitos de Meação, trata-se de negócio jurídico de natureza obrigacional e que, portanto, só produz efeito entre as partes que o celebraram, não sendo oponível erga omnes, antes de efetuado o registro do título translativo no Registro de Imóveis, de modo que, mantida a penhora, realizada contra aquele em cujo nome transcrito o imóvel.

IV.- Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, 3ª T., REsp 788.258/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, v.u., *DJe* 10.12.2009); “direito civil. Invalidade da transcrição c/c reivindicatória. Inaplicabilidade da exceção. Venda pelo proprietário a duas pessoas distintas. Aquisição da propriedade pela transcrição (cc. Arts. 530-I e 533). Recurso desacolhido. I – não prequestionado o tema, inviável se torna o seu exame na via extraordinária do recurso especial. II – impertinente a ‘exceptio rei venditae et traditae’ na espécie, que trata de venda do mesmo imóvel a duas pessoas distintas, por quem era proprietário do bem, estando os sucessores do adquirente que primeiro levou a registro seu título a reivindicar o imóvel que se encontra na posse dos sucessores do outro adquirente. III – pelo sistema do Código Civil vigente, a propriedade imobiliária se adquire pela transcrição do título de transferência

a petição inicial dominial, devendo fazê-lo como meio de defesa e reconvenção, ou em ação própria. Isso porque há que se ressaltar que, diante da presunção relativa de validade, o Código Civil, em seu art. 1.245, § 2º, impõe que a invalidação do registro imobiliário emanado de um título translativo de propriedade deve ser pleiteada em ação própria, o que afasta a possibilidade de mera alegação da matéria como defesa<sup>14</sup>.

Igual regra encontra-se na Lei de Registros Públicos (Lei 6.0125/1973), em seu art. 252, segundo o qual “O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido”.

A esse respeito, Pontes de Miranda<sup>15</sup> afirma que

“A transcrição transfere o domínio (art. 530, I). Se o registro não podia ser feito, tem-se de ir contra ele, pelos meios que a lei aponta. [...] Se houve registro, há fé pública. Tem o interessado de propor ação (ainda, se cabe, em reconvenção) contra o registro, como questão prévia de reivindicação (se o outorgado não adquiriu a propriedade, e se ainda não prescreveu a ação de reivindicação). Enquanto está de pé a transcrição, o outorgado é tratado como proprietário e o afastamento da fé pública não pode ser incidenter, sem a ação e o remédio próprios.”

De outro lado, por se tratar de hipótese de eficácia e não de invalidade em si, há orientação jurisprudencial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que

- 
- no registro do imóvel (art. 530-I e 533)” (STJ, 4ª T., REsp 26.119/GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., DJ 22.05.1995, p. 14407).
14. “Direito civil e processual civil. Ação reivindicatória. Propriedade cujo registro de titularidade é questionado em ação civil pública. Insuficiência deste fato para afastar a fé pública do sistema registral. Legitimidade ativa reconhecida. Ilegitimidade passiva afastada.
- Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, a pessoa indicada no registro público continua a ser havida como proprietária do imóvel.
  - Não basta, para ilidir a fé pública que o registro imobiliário reveste, o ajuizamento de ação tendente a invalidá-lo; exige-se sua procedência.
  - Até a estabilização do processo, a parte autora pode emendar a inicial, com a correção do pólo passivo, não havendo que se falar em ‘defeito insanável’ que justifique a imediata extinção do feito sem resolução de mérito. Inteligência dos arts. 264 e 294, CPC. Recurso Especial Provido” (STJ, 3ª T., REsp 988505/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., DJe 05.08.2008).
15. *Tratado de direito privado...* cit., t. 14, p. 33. No mesmo sentido: HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmol. *Ação reivindicatória: teoria e prática...* cit., p. 61.

admite que o fundamento da venda a *non domino* pode ser suscitado em contestação pelo réu à ação reivindicatória<sup>16</sup>.

No voto exarado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, foi assentado o entendimento de que

“A venda a *non domino* não é um ato nulo, tanto que pode ser convalidado se o vendedor vier a obter o domínio, mas certamente é um ato ineficaz, porque a propriedade não pode ser transferida por quem não seja proprietário. Sendo assim, acertada a conclusão do r. acórdão que julgou a apelação, na ação reivindicatória, dando pela sua improcedência por inexistir título hábil a sustentar a pretensão reivindicatória.”

Registre-se, no entanto, que a Lei 13.097/2015, em seu art. 54, § 1º, prevê hipótese excepcional em que a venda a *non domino* tem o condão de produzir efeitos jurídicos com o escopo de proteger os direitos do adquirente de boa-fé na esteira do princípio da concentração da matrícula, ao preceituar que não poderão ser opostas as situações não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel.

Os condôminos, em se tratando de condomínio tradicional ou geral (*pro-indiviso*), dispõem de legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ação reivindicatória contra terceiros, nos termos da regra prevista no art. 1.314 do Código Civil de 2002, segundo a qual “Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiros, defender a sua posse e alhear a respectiva fração ideal, ou gravá-la”.

De outro lado, em se tratando de condomínio edilício ou por unidades autônomas, o condomínio dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ação reivindicatória para a defesa da propriedade da área comum perante terceiro, nos termos da regra prevista no art. 1.348, II, do Código Civil de 2002, pela qual “Compete ao síndico [...] representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns”<sup>17</sup>.

16. “Ação Rescisória. Ação reivindicatória. Venda a *non domino*. A ineficácia pode ser alegada pelo réu da ação reivindicatória” (STJ, 4ª T., REsp 94.720/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, maioria, DJ 25.09.2000, p. 101).

17. “Recurso Especial – Processo Civil e Direito Civil – Dissídio Jurisprudencial – Similitude fática entre os casos confrontados – Ausência – Alegação de violação genérica à Lei n. 4.591/64 – Deficiência na fundamentação – Incidência da Súmula n. 284/STF – Condomínio edilício – Ação reivindicatória de área comum manejada pelo condomínio – Coisa



Por oportuno, registre-se que não se mostra admissível a ação reivindicatória ajuizada por um condômino contra o outro, tendo por objeto área comum, já que inexistente o requisito essencial consubstanciado na individualização da coisa reivindicanda<sup>18-19</sup>.

---

julgada formada em anterior demanda reivindicatória proposta por alguns condôminos – Extensão ao condomínio – Inadmissibilidade – Recurso Especial parcialmente provido.

3. Há duas espécies de condomínios (para deixar de lado ponderações acerca de outras formas mais sofisticadas, irrelevantes ao deslinde dessa causa, como a multipropriedade): a) condomínio geral ou tradicional e b) condomínio edilício ou por unidades autônomas.

4. Enquanto para o condomínio geral há expressa previsão legal acerca da legitimação concorrente de todos os condôminos para eventual ação reivindicatória de toda a propriedade, tal não sucede com o condomínio edilício.

5. No condomínio edilício, verifica-se a presença de (1) área privativa ou unidade autônoma, (2) área comum de uso exclusivo e (3) área comum de uso comum. Esta pode ser: (3.a) essencial ao exercício do direito de propriedade da unidade autônoma ou (3.b) não-essencial ao exercício do direito de propriedade da unidade autônoma.

6. Em se tratando de assenhoreamento de área comum de condomínio edilício por terceiro, a competente ação reivindicatória só poderá ser ajuizada pelo próprio condomínio, salvo se o uso desse espaço comum for: (1) exclusivo de um ou mais condôminos ou (2) essencial ao exercício do direito de usar, fruir ou dispor de uma ou mais unidades autônomas. Nesses dois casos excepcionais, haverá legitimação concorrente e interesse de agir tanto do condomínio como dos condôminos diretamente prejudicados.

7. Todavia, nessas hipóteses de legitimação concorrente em condomínio edilício, a coisa julgada formada em razão do manejo de ação reivindicatória dos alguns condôminos diretamente prejudicados não inibirá a futura propositura de outra demanda reivindicatória pelo condomínio.

8. Os limites subjetivos da coisa julgada material consistem na produção de efeitos apenas em relação aos integrantes da relação jurídico-processual em curso, de maneira que – em regra – terceiros não podem ser beneficiados ou prejudicados pela res judicata.

9. *In casu*, o trânsito em julgado do decisum que apreciou anterior demanda reivindicatória ajuizada por alguns condôminos relativamente à área comum de uso comum imprescindível ao exercício do direito de usar e fruir das respectivas unidades autônomas não inibe futura ação reivindicatória pelo condomínio.

10. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesse ponto, provido” (STJ, 3ª T., REsp 1.015.652/RS, rel. Min. Massami Uyeda, *vu.*, DJe 12.06.2009).

18. “Processo civil. Direitos reais. Recurso especial. Ação reivindicatória. Condomínio edilício. Vaga na garagem. Coisa reivindicanda não individualizada. Impossibilidade.

1. A ação reivindicatória (art. 1.228 do CC), fundada no direito de seqüela, outorga ao proprietário o direito de pleitear a retomada da coisa que se encontra indevidamente nas mãos de terceiro, tendo como requisitos específicos: (i) a prova do domínio da coisa reivindicanda; (ii) a individualização do bem; e (iii) a comprovação da posse injusta.

Embora não sejam titulares do direito pleno de propriedade, mas titular de um direito real limitado, dotado atributo da sequela, deve ser reconhecida a legitimidade ativa *ad causam* dos titulares de outros direitos reais, tais como o do usufruto e o do direito de superfície, para a propositura de demanda dominial, tal como a reivindicatória<sup>20</sup>. Em tais direitos limitados, alguns atributos da propriedade (usar

- 
2. Em condomínio edilício, a vaga de garagem pode ser enquadrada como: (i) unidade autônoma (art. 1.331, § 1º, do CC), desde que lhe caiba matrícula independente no Registro de Imóveis, sendo, então, de uso exclusivo do titular; (ii) direito acessório, quando vinculado a um apartamento, sendo, assim, de uso particular; ou (iii) área comum, quando sua fruição couber a todos os condôminos indistintamente.
  3. A via da ação reivindicatória não é franqueada àquele que pretende obter direito exclusivo de vaga no estacionamento, quando este, na verdade, configura direito acessório da unidade autônoma ou área de uso comum, uma vez que, nessas hipóteses, inexistente requisito essencial ao seu ajuizamento, qual seja, a individualização do bem reivindicando.
  4. No caso em exame, as vagas na garagem encontram-se na área comum do edifício ou são acessórias aos apartamentos, a depender do que regula a convenção do condomínio, o que se torna ainda mais evidente ante a ausência de matrícula autônoma no Registro de Imóveis, descabendo, por isso, o manejo da ação reivindicatória.
  5. Recurso especial provido” (STJ, 4ª T., REsp 1.152.148/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *vu.*, *DJe* 02.09.2013); “Civil. Ação reivindicatória. Área comum. Condomínio. Não cabimento. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. 1. O condomínio, representado pelo síndico, tem legitimidade para propor ação reivindicatória em defesa da área comum contra terceiro, mas não contra outro condômino, conforme dispõe o artigo 623, II, do Código Civil de 1916” (STJ, REsp 235.340/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 02.02.2010, *DJe* 15.03.2010).
  19. Há doutrinadores que defendem o cabimento da reivindicatória em qualquer caso de defesa da posse com fundamento na propriedade – que não pode ser objeto de restrição –, a exemplo de Pontes de Miranda, segundo o qual “o comproprietário tem a partis vindicatio, para que se lhe entregue a com posse da coisa, e dirige-se contra qualquer que a tenha, inclusive o compossuidor” (*Tratado de direito privado... cit.*, t. 14, p. 88).
  20. “Recurso Especial. Ação petitória. Ação reivindicatória. Usufruto. Direito real limitado. Usufrutuário. Legitimidade e interesse. 1. Cuida-se que ação denominada ‘petitória-reivindicatória’ proposta por usufrutuário, na qual busca garantir o seu direito de usufruto vitalício sobre o imóvel. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o usufrutuário tem legitimidade/interesse para propor ação petitória/reivindicatória para fazer prevalecer o seu direito de usufruto sobre o bem. 3. O usufrutuário – na condição de possuidor direto do bem – pode valer-se das ações possessórias contra o possuidor indireto (nu-proprietário) e – na condição de titular de um direito real limitado (usufruto) – também tem legitimidade/interesse para a propositura de ações de caráter petitório, tal como a reivindicatória, contra o nu-proprietário ou contra terceiros. 4. Recurso especial provido” (REsp 1.202.843/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 21.10.2014, *DJe* 28.10.2014);

e gozar – *ius utendi e ius fruendi*) são destacados do titular da propriedade, sendo transferidos para outra pessoa, de sorte que o proprietário desmembra alguns dos poderes inerentes à propriedade e os transfere para outra pessoa, formando-se um direito real sobre coisa alheia (*jus in re aliena*).

A rigor, é assente a orientação clássica de que o usufrutuário, na condição de possuidor direto da coisa, pode optar por ajuizar os interditos possessórios com vistas à proteção do exercício da sua posse contra ameaça ou violação à sua posse, quer contra o proprietário, quer contra terceiros<sup>21</sup>.

Segundo ainda lição clássica na doutrina, o usufrutuário, diante de violação à sua posse, pode lançar mão da demanda petítória, denominada de ação confessória, com vistas à recuperação da coisa<sup>22</sup>.

Nas palavras de Pontes de Miranda<sup>23</sup>,

“A vindicação do usufruto, do uso ou da habitação está para esses direitos reais limitados como a reivindicação para o domínio. [...] A ação de vindicação era a ação protectiva romana na forma originária. A ação confessória foi pós-clássica. Hoje, a ação vindicatória do usufruto tem de ser concebida à semelhança da vindicatória do domínio, já sem necessitar do *interdictum quem fundum*. [...]”

---

“Agravo regimental em recurso especial. Ação de imissão na posse. [...] Ação petítória. Usufrutuário. Legitimidade. [...] 3 – O usufrutuário tem legitimidade para propor ações petítórias, tais como as de imissão de posse e a reivindicatória” (STJ, 3ª T., AgRg no AgRg no REsp 1489878/DF, rel. Min. Villas Bôas Cueva, v.u., *DJe* 08.10.2015).

21. WALD, Arnaldo. *Curso de Direito civil brasileiro: direito das coisas... cit.*, p. 222.
22. Segundo Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, “o usufruto, pois que pressupõe a detenção do objeto, está como o domínio, exposto a ser lesado de dois modos, a saber: ou por atos que importam a tirada da coisa do poder do usufrutuário, ou por atos que tão somente perturbam o exercício do direito. Para cada uma daquelas duas espécies de injurias tem o domínio uma ação apropriada, para as primeiras a reivindicação, para as segundas a negatória. O usufruto, porem, tanto no caso da tirada da coisa, como no de simples turbação, se defende como uma só ação – a confessória, real de sua natureza. Quando deriva do direito real de usufruir, tem por objeto: I – o reconhecimento do usufruto; II – a condenação do réu: a) a restituir a coisa ao usufrutuário, se lha tiraram do poder; b) a cessar a moléstia atual e dar fiança de que de futura não praticará novos atos de turbação; c) a repor os frutos colhidos e satisfazer as perdas e danos causados. 3. Pode a confessória, real como é, ser dirigida, não só contra o proprietário, como contra quaisquer terceiros. 4. Deve o usufrutuário provar: Que tem usufrutuário constituído na coisa: é o fundamento da ação; Que o réu, proprietário ou terceiro, a retém injustamente ou o molesta com atos turbativos de seus direitos: – é a condição de exercício da ação” (*Direito das coisas... cit.*, t. 1, p. 359).
23. *Tratado de direito privado... cit.*, t. 19, p. 303.

Se se nega o usufruto, o uso ou a habitação e se retira a posse ao usufrutuário, ao usuário ou ao habitador, a ação adequada é a vindicatória.”

Como as demandas petitórias se assentam na proteção do direito real de propriedade ou de outro direito real sobre a coisa, em que a causa de pedir corresponde à demonstração do *jus possidendi* ou direito à posse, parece-nos que o usufrutuário e o titular do direito de superfície possuem legitimidade ativa para a propositura de tais demandas, como ocorre com a ação reivindicatória, contra o proprietário e contra terceiros.

Assunto que atrai discussões doutrinária e jurisprudencial refere-se à legitimidade ativa *ad causam* do promissário comprador ou do cessionário de direitos sobre bem imóvel para a propositura da ação reivindicatória.

Há quem defenda o entendimento de que o promissário comprador e o cessionário de direitos sobre bem imóvel não ostentam a legitimidade ativa *ad causam* para a demanda reivindicatória, uma vez que não dispõem de título de domínio e que o contrato preliminar não tem a aptidão, por si só, de transferir a propriedade imobiliária. A admissibilidade da ação reivindicatória se apoia, pois, na presença da comprovação da propriedade da área litigiosa, além da sua correta individualização e da demonstração da posse injusta exercida pelo réu, sob pena de não se obter guarida do pleito reivindicatório<sup>24</sup>.

Além disso, a pretensão reivindicatória revela o exercício do atributo da sequela, que é próprio dos direitos reais, consubstanciado no atributo de poder perseguir a coisa onde quer que ela se esteja<sup>25</sup>.

De outro lado, caso se trata de contrato de promessa de compra e venda ou de cessão de direitos sobre bem imóvel, irrevogável e irrevogável, e tendo sido levado a registro perante o cartório de registro de imóveis competente, o que é suficiente para gerar os atributos da validade e da eficácia *erga omnes*, parece-nos que, nessas condições, o promitente comprador dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para propor ação reivindicatória, orientação doutrinária e jurisprudencial que fora firmada, inclusive, antes mesmo da edição do Código Civil de 2002 pela doutrina de Caio Mário da Silva Pereira<sup>26</sup> e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>27</sup>.

24. STJ, 3ª T., REsp 1.003.305/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.11.2010.

25. HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmoló. *Ação Reivindicatória: teoria e prática...* cit., p. 36.

26. *Instituições de direito civil...* cit., v. 4, p. 136-137.

27. “Recurso especial. Ação reivindicatória. Promessa de Compra e Venda registrada. 1 – A promessa de compra e venda, irrevogável e irrevogável, transfere ao promitente comprador

Com a edição do Código Civil de 2002, o contrato de promessa de compra e venda do imóvel, quando levado a registro perante o Cartório de Registro de imóveis, produz direito real rotulado como direito do promitente comprador, na forma do art. 1.225, VII.

Sobre a eficácia jurídica e econômica do contrato de promessa de compra e venda, vale transcrever a lição de José Osório de Azevedo Júnior<sup>28</sup>, segundo a qual:

“Como já vimos atrás, depois de receber o preço o promitente vendedor desliga-se do negócio, pois já transmitiu ao compromissário todo o conteúdo do direito de propriedade. Restou apenas a obrigação de cumprir o rito de assinar uma escritura, que muitas vezes é sonegada para evitar despesas supervenientes e outras vezes para simplesmente criar condições propícias ao desfazimento do negócio já cumprido por uma das partes e inteiramente consolidado no tempo. Muitos entendem que esse de ver o problema ofende a ordem jurídica por causa da transcrição etc. Não pensamos assim. Para nós a ordem jurídica sofrerá prejuízos muito mais graves se for negada ao compromissário a faculdade de reivindicar. Isto porque o promitente vendedor, não tendo mais direitos sobre o imóvel, não pode reivindicar. Quem convencerá uma pessoa comum e normal, o bônus pater famílias, de que ela, que já entregou o imóvel e receber o preço há tempos, deverá litigar com terceiros para reaver o bem, em nome próprio, e em seguida entregá-lo novamente ao compromissário? Para verificar que é inviável – também do ponto de vista jurídico – a reivindicação por parte do promitente vendedor, convém imaginar um conflito de interesses entre este e o compromissário comprador quanto à reivindicação, isto é, cada um move a sua ação para reaver o imóvel. Será razoável negar a pretensão do compromissário que pagou e que tem direito real sobre a coisa, e atender a pretensão de quem já recebeu o preço e se desvinculou do negócio? Qual dessas pretensões tem conteúdo ético e jurídico? Ai, sim, a ordem jurídica estará sendo transgredida. A faculdade de reivindicar é talvez o mais importante atributo do domínio e a ordem jurídica não pode tolerar que essa faculdade fique sem titular, ou então, por outras palavras, que fique

---

os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar a ação reivindicatória” (STJ, 3ª T., REsp 55.941/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., *Dj* 01.06.1998); “Reivindicatória. Ação proposta por compromissários-compradores com título registrado. – O compromissário comprador, com o contrato registrado no Registro de Imóveis, preço pago e cláusula de irretratabilidade, tem legitimidade para propor ação reivindicatória (entendimento majoritário da Turma)” (STJ, 4ª T., REsp 59.092/SP, rel. Min. Barros Monteiro, v.u., *DJ* 15.10.2001).

28. *Compromisso de compra e venda...* cit., p. 61-101.

um bem imóvel à mercê de aventureiros sem que ninguém possa reivindicá-lo, apesar de o promissário ter pago por esse bem e ter direito real amplíssimo sobre esse mesmo bem.”

No mesmo contexto, a par de uma interpretação finalística que maximize os postulados da boa-fé objetiva e da função social do contrato, há manifestações no sentido de que o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por se tratar de negócio jurídico irrevogável e irretroatável, tem o condão de impedir ou de limitar o poder de disposição do promitente vendedor, ficando impedido de oferecer o bem em garantia ou em dação em pagamento, tendo em vista que o direito atribuído ao promissário comprador suprime da esfera jurídica do comprador a plenitude dos poderes do domínio.

Segundo Araken de Assis<sup>29</sup>, o direito do promitente comprador à aquisição do imóvel aproxima-se de um direito real sobre coisa alheia. No mesmo sentido, em precedente paradigmático firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi assentado que (i) é da natureza da promessa de compra e venda devidamente registrada a transferência, aos adquirentes, de um direito real denominado direito do promitente comprador do imóvel (art. 1.225, VII, do CC/2002); (ii) A promessa de compra e venda gera efeitos obrigacionais adjetivados, que podem atingir terceiros, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público; (iii) mesmo que o promitente-vendedor não outorgue a escritura definitiva, não tem mais ele o poder de dispor do bem prometido em alienação. Está impossibilitado de oferecê-lo em garantia ou em dação em pagamento de dívida que assumiu ou de gravá-lo com quaisquer ônus, pois o direito atribuído ao promissário-comprador desfalca da esfera jurídica do vendedor a plenitude do domínio; (iv) como consequência da limitação do poder de disposição sobre o imóvel prometido, eventuais negócios conflitantes efetuados pelo promitente-vendedor tendo por objeto o imóvel prometido podem ser tidos por ineficazes em relação aos promissários-compradores, ainda que atinjam terceiros de boa-fé<sup>30</sup>.

Assim, dada a manifesta relevância social e a par de uma análise econômica do direito, a exegese segundo a qual a promessa de compra e venda, irretroatável e irrevogável, notadamente quando há a quitação do preço, tem a aptidão de transferir ao promitente comprador os direitos aquisitivos inerentes ao exercício do domínio, conferindo-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro, afigura-se consentânea, entre outros, com o princípio da função social

29. *Comentários ao código civil brasileiro...* cit., v. 5, p. 458.

30. STJ, 3ª T., REsp 1.490.802/DF, rel. Min. Moura Ribeiro, v.u., DJe 24.08.2018.

da posse, de sorte que deve ser reconhecida a legitimidade ativa *ad causam* do promitente comprador para o ajuizamento da ação reivindicatória<sup>31</sup>.

Em razão do princípio *Saisine*, pelo qual se opera, automaticamente, a transmissão hereditária dos bens do de cujos aos seus herdeiros – “Art. 1.784 – Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” – os herdeiros detêm legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação reivindicatória<sup>32</sup>. Até a partilha, “o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio” (Código Civil de 2002, art. 1.791, parágrafo único), podendo reivindicar a coisa que se ache indevidamente na posse de terceiro<sup>33</sup>. Igualmente, o espólio

---

31. STJ, 3ª T., REsp 252.020/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., *Dj* 13.11.2000, p. 144; e STJ, 3ª T., REsp 55.941/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, v.u., *DJ* 014.06.1998, p. 77.

32. “Recurso especial. Processual civil e civil. Ação reivindicatória. Prova do domínio. Titular falecido. Ação proposta por herdeiro. Legitimidade ativa. Direito hereditário. Forma de aquisição da propriedade. Universalidade. Direito à reivindicação em face de terceiro. Desnecessidade de partilha prévia. Recurso especial provido. 1. A ação reivindicatória, de natureza real e fundada no direito de seqüela, é a ação própria à disposição do titular do domínio para requerer a restituição da coisa de quem injustamente a possua ou detenha (CC/1916, art. 524; CC/2002, art. 1.228).

Portanto, só o proprietário pode reivindicar.

2. O direito hereditário é forma de aquisição da propriedade imóvel (direito de *Saisine*). Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se incontinenti aos herdeiros, podendo qualquer um dos coerdeiros reclamar bem, integrante do acervo hereditário, de terceiro que indevidamente o possua (CC/1916, arts. 530, IV, 1.572 e 1.580, parágrafo único; CC/2002, arts. 1.784 e 1.791, parágrafo único). Legitimidade ativa de herdeiro na ação reivindicatória reconhecida.

3. Recurso especial provido” (STJ, 4ª T., REsp 1.117.018/GO, rel. Min. Raul Araújo, v.u., *DJe* 14.06.2017).

33. “Recurso especial. Processual civil e civil. Ação reivindicatória. Prova do domínio. Titular falecido. Ação proposta por herdeiro. Legitimidade ativa. Direito hereditário. Forma de aquisição da propriedade. Universalidade. Direito à reivindicação em face de terceiro. Desnecessidade de partilha prévia. Recurso especial provido. 1. A ação reivindicatória, de natureza real e fundada no direito de seqüela, é a ação própria à disposição do titular do domínio para requerer a restituição da coisa de quem injustamente a possua ou detenha (CC/1916, art. 524; CC/2002, art. 1.228).

Portanto, só o proprietário pode reivindicar.

2. O direito hereditário é forma de aquisição da propriedade imóvel (direito de *Saisine*). Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se incontinenti aos herdeiros podendo qualquer um dos coerdeiros reclamar bem, integrante do acervo hereditário, de terceiro que indevidamente o possua (CC/1916, arts. 530, IV, 1.572 e 1.580, parágrafo



representado pelo inventariante detém legitimidade ativa *ad causam* para a propositura de ação reivindicatória<sup>34</sup>.

## VII. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL

No plano da admissibilidade da ação reivindicatória, tem-se entendido que são requisitos da petição inicial, a saber: (i) a prova da titularidade da propriedade pelo autor, (ii) a individualização da coisa e a demonstração da posse injusta, ou detenção, pelo réu. A admissibilidade da ação reivindicatória, que compete ao proprietário não possuidor contra o possuidor não proprietário, depende da prova da titularidade do domínio, da individualização da coisa e da posse injusta, ou detenção, pelo réu<sup>35-36</sup>.

---

único; CC/2002, arts. 1.784 e 1.791, parágrafo único). Legitimidade ativa de herdeiro na ação reivindicatória reconhecida.

3. Recurso especial provido” (STJ, 4ª T., REsp 1.117.018/GO, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 14.06.2017).

34. “Direito processual civil. Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso especial. Direito sucessório. Ação reivindicatória. Bem integrante de quinhão hereditário cedido a terceiro. Legitimidade ativa. Teoria da asserção. 1. Tem prevalecido na jurisprudência desta Corte o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.

2. Assim, faltarão legitimidade quando possível concluir, desde o início, a partir do que deduzido na petição inicial, que o processo não se pode desenvolver válida e regularmente com relação àquele que figura no processo como autor ou como réu. Quando, ao contrário, vislumbrada a possibilidade de sobrevir pronunciamento de mérito relativamente a tais pessoas, acerca do pedido formulado, não haverá carência de ação.

3. No caso dos autos, a petição inicial afirma que o de cujos era o legítimo proprietário do imóvel. Nesses termos, impossível sustentar, a partir do que fixado pela teoria da asserção, que o espólio seja parte ilegítima para ajuizar ação reivindicatória quanto a esse bem.

4. A alegação trazida em sede de contestação, no sentido de que o imóvel integrava quinhão hereditário cedido a terceira pessoa denota circunstância que deve ser sopesada no momento do julgamento do próprio mérito da demanda. O fato de o espólio ser ou não o proprietário do bem repercute na procedência ou improcedência do pedido, não na análise das condições da ação” (STJ, 4ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1035860/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, v.u., *Dje* 02.12.2014).

35. HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmoló. *Ação reivindicatória: teoria e prática...* cit., p. 44.

36. STJ, 4ª T., REsp 195.476/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 15.04.2002, p. 221; STJ, 4ª T., REsp 1.403.493/DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 02.08.2019; STJ,

Caso se constate que tais requisitos não foram observados na demanda, caberá ao magistrado oportunizar a faculdade de o autor efetuar a emenda da petição inicial, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito.

A prova do domínio do imóvel se opera pela apresentação de certidão atual expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis, dando conta do registro do título da propriedade, o que revela a origem da aquisição da coisa. Tratando-se de aquisição derivada, não se exige a denominada apresentação da prova diabólica que seria a demonstração da propriedade dos titulares antecessores, de sorte que é suficiente a apresentação da certidão do registro de propriedade imobiliária<sup>37</sup>.

Como consequência da demonstração da titularidade da propriedade, o autor da ação reivindicatória deve individualizar corretamente a coisa, de sorte que, em se tratando de bem imóvel, deve constar a descrição completa da coisa, identificando-a na sua área, dimensão, limites, com o propósito de viabilizar, com exatidão, o cumprimento da entrega do imóvel.

Por isso que, entre outros, diante da falta de individualização da coisa reivindicanda no condomínio tradicional, se mostra inadmissível a ação reivindicatória de um condômino contra outro<sup>38</sup>.

Se se tratar de pretensão reivindicatória sobre parte de um imóvel, compete ao autor efetuar a menção à área e aos limites de todo o imóvel, para, em seguida, individualizar o objeto da demanda.

Para que não haja sobreposição no exame da admissibilidade e do mérito, deve-se entender que constitui um dos requisitos da ação reivindicatória a demonstração da posse, ou detenção, da coisa pelo réu, tendo em vista que, enquanto a coisa estiver na posse do proprietário, não há interesse em ajuizar tal demanda petitoria.

---

REsp 1.060.259/MG, rel. Min. Raul Araújo, 4ª T., j. 04.04.2017, DJe 04.05.2017; STJ, REsp 1.152.148/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 13.08.2013, DJe 02.09.2013; e STJ, REsp 1.003.305/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 18.11.2010, DJe 24.11.2010).

37. VIANA, Marco Aurélio S.. *Comentários ao novo Código Civil...* cit., v. 16, p. 87; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado...* cit., t. 14, p. 32; HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmoló. *Ação reivindicatória: teoria e prática...* cit., p. 44.

38. No voto do Min. Luis Felipe Salomão no REsp 1.152.148/SE, há a observação de que "Com efeito, verifica-se que, no tocante a essa segunda corrente, há um ponto comum na tese defendida pelos renomados autores citados e pelos precedentes transcritos, qual seja: o não cabimento da demanda reivindicatória para intentar a restituição de área de uso comum, até mesmo porque, nessa hipótese, inexistente requisito essencial ao seu ajuizamento, qual seja, a individualização da coisa reivindicanda" (STJ, 4ª T., REsp 1.152.148/SE, DJe 02.09.2013).

Segundo lição de Pontes de Miranda<sup>39</sup>,

“O segundo pressuposto necessário da ação reivindicatória é a posse da coisa pelo réu. É indiferente como o possuidor alcançou a posse: se por transmissão, ou se por apreensão; se do proprietário, ou se de terceiro. [...] Possuidor de boa ou de má fé, ou simples detentor, pode ser sujeito passivo da pretensão e da ação reivindicatória.”

Vale dizer, o cabimento da ação reivindicatória reclama apenas a constatação de que posse – ou a detenção que foi incluída na redação do art. 1.228 do Código Civil de 2002<sup>40</sup> – do réu se contrapõe ao exercício do direito de propriedade do autor, daí porque, até mesmo a posse *ad interdicta*, defensável através dos interditos possessórios, não constitui óbice à admissibilidade da ação reivindicatória. Isso porque a discussão se a posse exercida pelo réu é justa ou injusta se situa no campo do mérito da ação reivindicatória<sup>41</sup>.

39. *Tratado de direito privado...* cit., t. 14, p. 21-22.

40. Embora no Código Civil de 1916, em seu art. 524, não houvesse referência que a pretensão reivindicatória poderia ser ajuizada contra o mero detentor, Pontes de Miranda defendia que “Possuidor de boa ou má fé, ou simples detentor, pode ser sujeito passivo da pretensão e da ação reivindicatória. Assim, a tradição do direito luso-brasileiro, com Antônio Gomes (in *Legis Tauri* Comentaria, L. 45, n. 79, *in fine*) e Gregório Martins Caminha (Forma dos Libelos, na. II, 6: *in proposito tamen sufficit quaevis detentio*). Se possui ou detém em nome de terceiro, ou o nomeia, para que contra o terceiro corra a causa, ou o oculta, e contra si corre a causa” (*Tratado de direito privado...* cit., t. 14, p. 22.

41. “[...] 1 – O ajuizamento da ação reivindicatória – de natureza real e fundada no direito de seqüela –, reclama a existência concomitante de três requisitos específicos:

a prova da titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a demonstração da posse (ou detenção) injusta do réu (REsp 1.060.259/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 04.04.2017, *DJe* 04.05.2017; REsp 1.152.148/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13.08.2013, *DJe* 02.09.2013; e REsp 1.003.305/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18.11.2010, *DJe* 24.11.2010). [...] 4. Desse modo, excetuada a hipótese em que for configurada posse *ad usucapionem*, o cabimento da ação reivindicatória reclama apenas a constatação de que a posse – ou a detenção – do réu se contrapõe ao exercício do direito de propriedade do autor, inexistindo causa jurídica adequada que legitime a atuação do possuidor/detentor.

Nessa perspectiva, até mesmo a posse *ad interdicta*, defensável por interditos possessórios, não constitui obstáculo à procedência do pedido reivindicatório, prevalecendo o direito do titular do domínio de exercer suas faculdades de uso, gozo e disposição da coisa (artigos 524 do Código Civil de 1916 e 1.228 do Código Civil de 2002)” (STJ, 4ª T., REsp 1.403.493-DF, rel. Min. Luis Felipe Salomão, vu., *DJe* 02.08.2019); “Recurso especial. Ação reivindicatória. Terrenos contíguos. Posse injusta não-comprovada. Terreno inexistente no plano fático. Inércia do titular do domínio em ocupá-lo. Direito de propriedade. Artigo 524 do Código Civil de 1916.

Verificando-se que o imóvel se encontra desocupado, isto é, inexistindo posse exercida pelo réu sobre a coisa reivindicanda, podendo, pois, o proprietário exercer regular e livremente seu domínio sobre a coisa, constata-se que a ação reivindicatória deve ser extinta sem julgamento do mérito, em razão da falta do requisito consubstanciado na posse exercida pelo réu sobre a coisa<sup>42</sup>.

À afirmação de que falta interesse de agir em ação reivindicatória, quando se verifica que o imóvel está abandonado sem o exercício de posse pelo réu, deve ser feita a ressalva de que – havendo prova de que o réu, mediante dolo, deixou de possuir a coisa reivindicanda –, a ação reivindicatória afigura-se admissível.

Sobre tal hipótese, Pontes de Miranda<sup>43</sup> afirma

“A ação de reivindicação, no direito comum, podia ir contra o *fictus possessor*; isto é, a) contra o que, para dificultar a vindicação, deixou de possuir a coisa (dolo), pois, aí, pode ir o autor contra o possuidor ficto, ou contra o verdadeiro, inclusive se houve alienação em fraude de execução; b) contra o que, sem ter a posse da coisa, atende à *vocatio* como se a possuísse (*qui se liti obtulit*).”

Assim, se o réu, mediante artifício doloso, desvencilha-se da posse até então exercida para obstaculizar a demanda, a ação reivindicatória afigura-se admissível contra o *fictus possessor*<sup>44</sup>.

1. A ação reivindicatória pressupõe a existência de domínio do autor e posse injusta do réu. Portanto, demonstrando o réu que detém o domínio da área que ocupa, afastando, por conseguinte, a hipótese de posse injusta, a ação deve ser julgada improcedente.

2. Se autor e réu detêm o domínio de uma área cujo espaço físico não comporta os terrenos conforme descrito em seus respectivos títulos, o direito de um não pode se sobrepor ao do outro. Assim, mantém-se na posse aquele que a exerce regularmente em detrimento daquele que, por longos anos, desinteressou-se pela ocupação da área em questão.

3. A preferência do titular do título mais antigo deve ser analisada em relação à cadeia dominial.

4. Recurso especial não-conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 1.028.246/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., DJe 07.10.2010).

42. “Direito das coisas. Reivindicatória. Inexistência de posse injusta. Interesse de agir. Inexistente.

- Se não há quem injustamente ocupe o imóvel, o proprietário não precisa de decisão judicial para reavê-lo. Falta-lhe, portanto, uma das condições de ação: o interesse legítimo” (STJ, 3ª T., REsp 967.604/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17.09.2007, p. 280).

43. *Tratado de direito privado... cit.*, t. 14, p. 23.

44. HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmol. *Ação reivindicatória: teoria e prática... cit.*, p. 44.

## VIII. MÉRITO

No juízo de mérito, a posse exercida pelo réu deve ser injusta para que a pretensão reivindicatória seja concedida ao proprietário não possuidor.

Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência efetuaram a compreensão de que a expressão posse injusta constante do art. 524 do Código, segundo o qual “A lei assegura ao proprietário o direito de [...] reavê-los [seus bens] do poder de quem que injustamente os possua”, não coincidia com a descrição do art. 428 do Código, segundo a qual “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”, sob pena de “levar o intérprete a uma inteligência do artigo que destruiria o próprio sistema em que repousa o princípio discutido [ação reivindicatória]”, de sorte que a posse injusta, para fins de ação reivindicatória, é aquela que é exercida sem causa jurídica ou destituída de *ius possidendi*<sup>45-46</sup>.

45. SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático... cit., v. 7, p. 280; VIANA, Marco Aurélio S.. *Tutela da propriedade imóvel*: doutrina, jurisprudência, prática... cit., p. 18; GOMES, Orlando. *Direitos reais*: atualização de Humberto Theodoro Júnior... cit., p. 364; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*... cit., t. 14, p. 26; LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*... cit., v. 2, p. 499.

46. “Reivindicatoria. Pressupostos. Posse injusta. Compromisso de compra e venda. Necessidade de previa ou simultanea rescisão. Recurso provido.

I – Pressupondo a reivindicatoria um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não proprietário, o seu sucesso reclama a reunião de dois elementos: o domínio do autor e a posse injusta do réu.

II – Não se confunde a posse injusta referida no art. 524 do código civil com a posse injusta do art. 489 do mesmo diploma.

III – Exercida a posse por força de contrato de promessa de compra e venda, inadmissível a reivindicatoria contra o promissário-comprador sem previa ou simultanea rescisão do contrato, haja vista que, enquanto não desfeito o negocio juridico, injusta não pode ser considerada a posse do que se comprometeu a adquirir” (STJ, 4ª T., REsp 8.173/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09.03.1992, p. 2584); “Civil. Reivindicatoria. Posse em justo titulo. Compromisso de compra e venda não registrado que não abrange o imóvel litigioso.

Denúnciação da lide inacolhida. Posse injusta. Precedentes. Procedencia. Recurso desacolhido.

I – A reivindicatoria pressupõe um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não-proprietário, desprovido de titulo oponível ao proprietário.

II – o comprovado domínio do autor, aliado a posse sem justo titulo do réu, em linha de principio induz a procedencia da reivindicatoria” (STJ, 4ª T., REsp 109.450-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 22.06.1998, p. 85); “Não há confundir o requisito da posse injusta a que se refere o art. 524, do Código Civil, com a posse injusta definida no art. 489

Registre-se, ainda, a orientação de que o sentido da posse injusta deve se tornar mais amplo, o que é facilmente perceptível considerando-se que, se a posse de boa-fé pudesse excluir a reivindicatória, o domínio estaria praticamente extinto diante do fato da posse. Mesmo de boa-fé, a posse cede ao domínio nessa ação específica da defesa dele. A posse injusta há de entender, então, como posse sem título de proprietário, ou sem o caráter de posse direta através das vias adequadas. Posse justa é, por exemplo, a do usufrutuário, a do locatário etc., segundo paradigmático acórdão proferido pelo TJRN, em julgado da lavra do Des. Seabra Fagundes.<sup>47</sup>

Assim, a posse injusta, para fins de ação reivindicatória, é aquela exercida sem causa jurídica, isto é, destituída do *ius possidendi*, de modo que, para afastar a procedência da pretensão nela formulada, afigura-se que o réu deve demonstrar a ocorrência de posse *ad usucapionem* ou de exercício de posse amparada em causa jurídica. Mesmo que a posse exercida pelo réu seja reputada como *ad interdicta*, isto é, despida dos vícios da violência, clandestinidade ou precariedade, ainda assim a procedência da pretensão reivindicatória deve ser concedida ao proprietário não possuidor, quando inexistente posse fundada em *ius possidendi*, ou quando não houver causa jurídica que da qual resulte o direito à posse.

## IX. DEFESA

A defesa deve se apoiar no fundamento de que o réu tem direito a exercer posse sobre a coisa, invocando direito de possuir em razão de um direito real, como é o caso do usufrutuário, credor pignoratício, credor anticrético, ou de um direito pessoal, como é o caso do locatário, comodatário, depositário e do promitente comprador.

---

do mesmo diploma legal. Aquela é injusta tão-somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse *ad usucapionem*. Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta. A posse *ad interdicta* não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicação” (STF, RE 100.700, rel. Min. Soares Munoz, RTJ 107/1324); “Civil/ processual civil. Confissão ficta. Reivindicatória. Posse injusta. 1. Não contraria o art. 343 parágrafo 2. Do CPC o acordão que, em face da prova produzida anteriormente a audiência, define a matéria fática em favor da reivindicação. 2. Ao direito real de propriedade não pode ser oposto fato da posse, salvo quando este, por força do tempo, informa a aquisição de domínio, por usucapião, alegavel em defesa” (STJ, 3ª T., REsp 20.118/PR, rel. Min. Dias Trindade, DJ 01.06.1992. p. 8047).

47. *Revista dos Tribunais*, v. 153, p. 250.

Apesar da manifestação na doutrina de que não se exclui do âmbito da ação reivindicatória a existência de uma relação jurídica de direito pessoal entre o autor e o réu, afigura-se que, se o réu exerce posse sobre o imóvel com amparo em contrato de promessa de compra e venda, a pretensão reivindicatória não pode ser concedida, haja vista que, enquanto não desfeito o negócio jurídico, descabe cogitar de posse injusta<sup>48</sup>.

A rigor, o exercício da posse pelo réu, com base em relação jurídica de direito real ou de direito pessoal, como no último caso se opera com o contrato de promessa de compra e venda, implica a configuração da ausência do requisito da posse injusta, de modo que deve ser julgada improcedente a pretensão reivindicatória<sup>49</sup>.

---

48. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado...* cit., t. 14, p. 39-40.

49. “Reivindicatória. Pressupostos. Posse injusta. Compromisso de compra e venda. Necessidade de prévia ou simultânea rescisão. Recurso provido.

I- Pressupondo a reivindicatória um proprietário não-possuidor que age contra um possuidor não proprietário, o seu sucesso reclama a reunião de dois elementos: o domínio do autor e a posse injusta do réu.

II- Não se confunde a posse injusta referida no art. 524 do Código Civil com a posse injusta do art. 489 do mesmo diploma.

III- Exercida a posse por força de contrato de promessa de compra e venda, inadmissível a reivindicatória contra o promissário-comprador sem prévia ou simultânea rescisão do contrato, haja vista que, enquanto não desfeito o negócio jurídico, injusta não pode ser considerada a posse do que se comprometeu a adquirir” (STJ, 4ª T., REsp 8.173/SP, rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, v.u., DJ 09.03.1992. p. 2584); “Reivindicatória. Posse justa. Promissoria comprador.

Aquele que possui um imóvel em razão de contrato de promessa de compra e venda exerce posse justa e não pode dela ser despojado, em ação reivindicatória promovida pelo proprietário e promitente vendedor, sem prévia ou concomitante extinção do contrato.

Sendo a posse justa, derivada de negócio jurídico que o legitima e explica, falta a reivindicatória um dos seus pressupostos, que e a posse injusta, contrária ao direito. precedentes. art. 524 do C Civil.

Recurso conhecido e provido” (STJ, 4ª T., REsp 123.705/AL, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., DJ 17.11.1997. p. 59547); “Promessa de venda e compra. recibo passado pelos promitentes-vendedores. alegação de que as negociações não passaram de meras tratativas preliminares. negócio jurídico, porém, consumado, tendo as partes deixado de formalizá-lo através de instrumento público.

– A despeito de instrumentalizado mediante um simples recibo, as partes celebraram um contrato preliminar, cuja execução se consumou com a entrega do imóvel ao promissário-comprador e com o pagamento do preço por este último, na forma convencional.

Improcedência da alegação segundo a qual as negociações não passaram de simples tratativas preliminares.



A propósito, a ação reivindicatória não se presta a agasalhar a pretensão fundada em direito pessoal, de sorte que a discussão acerca do eventual inadimplemento contratual deve se operar na via própria, sendo inadmissível tal exame na via petitória da ação reivindicatória<sup>50</sup>. Tal conclusão se impõe, inclusive se a relação jurídica de direito pessoal consubstanciada em por exemplo contrato de promessa de compra e venda contiver cláusula resolutiva expressa<sup>51</sup>.

---

– Em sede de recurso especial não se reexamina matéria de fato (Súmula 7-STJ).  
– Exercida a posse por força de contrato de promessa de venda e compra, inadmissível é a reivindicatória contra o compromissário-comprador sem a prévia ou concomitante rescisão do contrato. Enquanto não desfeito o negócio jurídico, não pode ser tida como injusta a posse daquele que se comprometeu a adquirir.

Precedentes. – Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª T., REsp 145.204/BA, rel. Min. Barros Monteiro, v.u., DJ 14.12.1998, p. 245).

50. HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmoló. *Ação reivindicatória: teoria e prática...* cit., p. 48.

51. “Agravado interno no agravo em recurso especial. Ação reivindicatória.

Promessa de compra e venda. Inadimplemento contratual. Cláusula resolutória expressa. Ausência de efeito automático. Súmula 83/STJ. Evasão após a notificação da resolução contratual. Irrelevância. Jurisprudência firmada também com base em casos de pactuação de contratos paritários. Precedentes. Aplicação de dispositivo infraconstitucional. Questão suscitada apenas em agravo interno. Inovação recursal. Agravo interno parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

1. É assente o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cláusula resolutiva expressa não possui efeito automático em relação à posse derivada de promessa de compra e venda de imóvel, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva.

2. Dessa forma, mostra-se escorregia a decisão monocrática ao fazer incidir o Enunciado n. 83/STJ, sendo irrelevante, para a solução desta controvérsia, eventual evasão de um dos recorridos após a notificação da resolução contratual.

3. Esclareça-se, quanto ao tema, que a jurisprudência desta Corte Superior foi firmada não apenas com base em situações nas quais houve a pactuação de contratos de adesão, havendo precedentes ancorados em casos que versam sobre contratos paritários” (STJ, 3ª T., AgInt no AREsp 1.170.673/RS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., DJe 18.05.2018); “Agravado interno nos embargos de declaração nos embargos de declaração do recurso especial. Ação reivindicatória. Compromisso de compra e venda. Rescisão contratual. Inexistência de manifestação judicial prévia. Posse justa. Ausência de pressuposto da demanda. Agravo desprovido.

1. É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos. Por conseguinte, não há falar-se em antecipação de tutela reintegratória de posse antes de resolvido o contrato de compromisso de compra

Como também é lícito ao réu suscitar, como matéria de defesa, a ocorrência de *ius possidendi*, como se opera, por exemplo quando alega ser o titular do direito real de propriedade sobre a coisa reivindicanda<sup>52</sup>. Ou, ainda, quando alega a ocorrência de posse *ad usucapionem*, que se afigura possível, porque se trata de pretensão declaratória de aquisição originária da propriedade, aplicando-se na espécie a Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “O usucapião pode ser arguido em defesa”, mas cujo julgamento de improcedência do pedido não gera direito ao registro no cartório de imóveis<sup>53</sup>.

---

e venda, pois somente após a resolução é que poderá haver posse injusta e será avaliado o alegado esbulho possessório” (REsp 620787/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 27/04/2009).

2. Agravo interno desprovido” (STJ, 3ª T., AgInt nos EDcl 1.534.185/PE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v.u., DJe 24.10.2017).

52. “Direito civil. Reivindicatoria. Posse injusta. Títulos dominiais. Confronto. Ação de divisação. Ausência de citação de condôminos. Nulidade. Composse. Usucapião. Recurso desacolhido. I – Exercida com lastro em escrituras de compra e venda autênticas e devidamente registradas, a posse não pode ser havida como injusta. II – O processo divisorio, para o qual não são convocados todos os condôminos, padece de nulidade pleno iure. III – A composse, tal como concebida pelo art. 488 do Código Civil, exercida em conjunto por todos os compossuidores, tocando a cada um fração ideal da posse em comum, pode gerar, atendidos os demais requisitos, aquisição por usucapião” (STJ, 4ª T., REsp 13.366/MS, rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, v.u., DJ 03.05.1993. p. 7799).
53. “Ação reivindicatória. Defesa. Usucapião. Aquisição do domínio. Impossibilidade. 1 – Uma vez julgada improcedente ação de reivindicação, diante de defesa cifrada na ocorrência de usucapião (súmula 273 do Supremo Tribunal Federal) não há que se pretender a transcrição do imóvel em nome dos beneficiários da prescrição aquisitiva, posto que isto apenas Documento: 936782 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado – DJe: 23/03/2010 Página 11 de 4 Superior Tribunal de Justiça é possível após o ajuizamento da ação própria. 2. Precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, Resp 139.126/PE). 3 – Recurso especial não conhecido.” (REsp 725.222/MT, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 15.08.2005); “Recurso Especial – Ação Reivindicatória – Improcedência – Prescrição Aquisitiva – Configuração – Posse longa, pacífica e ininterrupta por mais de quinze anos (no mínimo), originária de justo título – Recurso especial provido.

I – A usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, caracterizada, dentre outros requisitos, pelo exercício incontestado e ininterrupto da posse, tem o condão, caso configurada, de prevalecer sobre a propriedade registrada, não obstante seus atributos de perpetuidade e obrigatoriedade, em razão da inércia prolongada do proprietário de exercer seus direitos dominiais. Não por outra razão, a configuração da prescrição aquisitiva enseja a improcedência da ação reivindicatória do proprietário que a promove tardiamente;

II – A fundamentação exarada pelo Tribunal de origem no sentido de que o título que conferira posse à ora recorrente somente se revelaria justo em relação às partes contratantes,

## X. CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente artigo, verifica-se que a ação reivindicatória se revela como a dimensão processual do direito real de propriedade que é um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, ao qual deve se imprimir uma máxima efetividade.

A exegese dos aspectos processuais da ação reivindicatória – admissibilidade, legitimidade, causa de pedir, objeto, defesa e mérito – deve levar em consideração a dimensão processual do direito fundamental de propriedade.

## XI. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALVIM NETO, José Manoel Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2021. v.1.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil brasileiro: arts. 421 a 578, do direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 5.

---

mas injusto perante àquele que possui o registro, carece de respaldo legal, pois tal assertiva, caso levada a efeito, encerraria a própria inocuidade do instituto da usucapião (ordinária);

III – Por justo título, para efeito da usucapião ordinária, deve-se compreender o ato ou fato jurídico que, em tese, possa transmitir a propriedade, mas que, por lhe faltar algum requisito formal ou intrínseco (como a venda a non domino), não produz tal efeito jurídico. Tal ato ou fato jurídico, por ser juridicamente aceito pelo ordenamento jurídico, confere ao possuidor, em seu consciente, a legitimidade de direito à posse, como se dono do bem transmitido fosse ('cum animo domini');

IV – O contrato particular de cessão e transferência de direitos e obrigações de instrumento particular de compra e venda, o qual originou a longa posse exercida pela ora recorrente, para efeito de comprovação da posse, deve ser reputado justo título;

V – Ainda que as posses anteriores não sejam somadas com a posse exercida pela ora recorrente, o que contraria o disposto no artigo 552 do Código Civil de 1916 (ut REsp 171.204/GO, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 01.03.2004), vê-se que o lapso de quinze anos fora inequivocamente atingido;

VI – Esclareça-se que o acolhimento da tese de defesa, estribada na prescrição aquisitiva, com a conseqüente improcedência da reivindicatória, de forma alguma, implica a imediata transcrição do imóvel em nome da prescribente, ora recorrente, que, para tanto, deverá, por meio de ação própria, obter o reconhecimento judicial que declare a aquisição da propriedade.

VII – Recurso Especial provido” (STJ, 3ª T., REsp 652.449/SP, rel. Min. Massami Uyeda, v.u., DJ 23.03.2010).

- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Compromisso de compra e venda*. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1915.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais: atualização de Humberto Theodoro Júnior*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HAENDCHEN, Paulo Tadeu; LETTERIELLO, Rêmoló. *Ação reivindicatória: teoria e prática*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 2.
- PEREIRA, Altino Portugal Soares. A exceção de domínio no CPC. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 4.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Garbier, 1877. t. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. 10.
- SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. v. 7.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 3-4.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. v. 2.
- TOSTA, Jorge; SILVA FILHO, Artur Marques; NALINI, José Renato; SOARES, Ronnie Herbert Barros. Contornos jurídicos gerais das ações petórias. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quatier Latin, 2011. v. 1. p. 27-1279.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Tutela da propriedade imóvel: doutrina, jurisprudência, prática*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- VIANA, Marco Aurélio. *Comentários ao novo Código Civil: arts. 1.225 a 1.510: dos direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 16.
- WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- WOLFF, Martin. *Derecho das Cosas*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1953.



## PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Civil; Processual

### Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Breve anotação sobre a legitimidade ativa na ação reivindicatória, de Danilo Sanchez Pacheco – RT 1067/195-213.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# TUTELA PROVISÓRIA EM DIREITO SOCIETÁRIO

---

## PROVISIONAL MEASURE IN CORPORATE LAW

LEONARDO COSTA NORAT

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Advogado. leonardonorat.adv@gmail.com

Recebido em: 27.09.2024  
Aprovado em: 31.10.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Societário

**RESUMO:** As tutelas provisórias em direito societário exigem considerações típicas de sua sistemática. Diante disso, o artigo objetiva responder como as tutelas provisórias se aplicam aos litígios societários. Conclui-se que, para a aplicação de tais medidas, é preciso identificar a disciplina estrutural que regula a questão controversa e os valores societários e empresariais latentes na causa, para adotar providências coerentes com o sistema em que projetarão seus efeitos. Essa constatação permite a formação de parâmetros para a aplicação de tutelas provisórias em direito societário. Adotou-se o método dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e, a título exemplificativo e complementar, jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tutela provisória – Direito societário – Sistemática estrutural – Sistemática valorativa – Parâmetros.

**ABSTRACT:** Provisional measures in corporate law demands typical approach of its systematic. Therefore, the objective of the article is to answer how provisional measures are applicable in corporate conflicts. The conclusion is that, for the application of those measures, it is needed to identify the structural that regulates the controversial point and the corporate and commercial values in case, seeking to adopt providences coherent with the system in which will project their effects. This outcome permits the establishment of parameters to the application of provisional measures in corporate law. The method adopted was deductive, with bibliographic, documental and, complementarily, jurisprudential technics.

**KEYWORDS:** Provisional measure – Corporate law – Structural systematic – Valorative based systematic – Parameters.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Sistemática estrutural societária. 3. Sistemática valorativa nos litígios societários. 4. Tutelas provisórias em direito societário. 5. Casuísticas societárias. 5.1. Ação de dissolução parcial por exclusão de sócio com pedido de afastamento da administração em sociedade limitada. 5.2. Execução específica de acordo de sócios em obrigação de declarar vontade. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas. 8. Referências jurisprudenciais.

## 1. INTRODUÇÃO

Em um extremo do espectro contratual empresarial, se inserem os contratos de permuta, tipicamente caracterizados pela troca instantânea de bens, e, noutro, contratos associativos, pelos quais os partícipes buscam cooperar ao longo do tempo, a fim de alcançar uma determinada finalidade.

O descumprimento dos primeiros dá ensejo sobretudo à exigência de pagamento ou entrega daquilo que fora pactuado – pretensão forçada de algo objetivamente delimitado ou delimitável. Dos segundos, os descumprimentos atribuem maior complexidade, porque envolvem sistemática própria, com peculiaridades provenientes do regramento de conduta estabelecido pelas partes ou da própria posição jurídica assumida. É sobre estes últimos que se irá tratar.

Nos litígios societários propriamente ditos, os pleitos que buscam desconstituir relação jurídica ou coagir sócio a realizar algo a que se obrigou em prol da sociedade ensejam comumente requerimentos provisórios, justamente porque o exaurimento da cognição no âmbito jurisdicional não é condizente com o tempo do mercado.

Daí se justifica a importância de analisar as tutelas provisórias disciplinadas pelo Código de Processo Civil de 2015 de acordo com a sistemática estrutural e valorativa do direito societário, ao invés de fazê-lo isoladamente, sob pena de se correr o risco de tornar oca a aplicação processual.

Não sistematizar esse debate pode ensejar divergência interpretativa a respeito do próprio ordenamento que disciplina os efeitos materiais do provimento jurisdicional, capaz, então, de prejudicar o diálogo entre os sujeitos da relação processual, bem como a cooperação, duração razoável do processo, efetividade e eficiência do processo, em contrariedade com o que preceitua o CPC nos arts. 4º, 6º e 7º.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo responder como as tutelas provisórias se aplicam aos litígios societários. Para tanto, divide-se em quatro tópicos. O primeiro sobre a sistemática estrutural societária, pelo qual se abordam os três eixos (propriamente societário, empresarial e patrimonial) que disciplinam as relações societárias. O segundo destinado a tratar da sistemática principiológica, na qual se abordam valores jurídicos relevantes a servirem de vetores interpretativos e integrativos dos julgamentos. O terceiro apresenta considerações gerais sobre tutelas provisórias e o último apresenta casuísticas hipotéticas e concretas (ainda que exemplificativa e complementarmente), a fim de explicitar como as tutelas provisórias se aplicam no direito societário e se correlacionam com suas sistemáticas estrutural e principiológica.

A hipótese é de que as tutelas provisórias se aplicam com a necessidade de identificação estrutural do conflito societário e a posterior análise da medida a ser



concedida, de acordo com os princípios que se mostrem latentes na causa e os critérios de aferição dos requisitos processuais para alcançar uma decisão que contemple a necessidade do bem jurídico tutelado, mas sem se afastar do sistema em que opera seus efeitos. O método de abordagem adotado é o dedutivo, com técnicas de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

## 2. SISTEMÁTICA ESTRUTURAL SOCIETÁRIA

O sistema jurídico societário é estruturado e pensado pelo legislador para solucionar problemas reais, dos quais são extraídos valores peculiares e estabelecidas regras que ligam as situações concretas às hipóteses previstas em Direito, para, como consequência dessa ligação, operar efeitos naquele mesmo plano concreto<sup>1</sup>.

Esse ordenamento, em especial, orienta-se a disciplinar as corporações de pessoas que se reúnem para um determinado fim; trata-se, pois, sob o enfoque das sociedades, do sistema dedicado a regular os contratos plurilaterais de caráter associativo conformadores de organização instrumental para atingir certa finalidade<sup>2</sup>. São, simultaneamente, escopos dessa espécie de contrato a instrumentalidade (*escopo-meio*) e a projeção ulterior a ser alcançada (*escopo-fim*), os quais moldam seu “esquema-causal”<sup>3</sup> resultante na noção ampla de *fim social*<sup>4</sup>.

O contrato plurilateral societário nesse sentido se sintetiza, então, pela conjugação dos seus elementos essenciais: a) contribuição pelos sócios destinada ao b) exercício de atividade organizada, da qual decorrerá c) a partilha dos resultados (lucros e perdas)<sup>5</sup>.

1. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 280-310 e 487.
2. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008. p. 372-511; FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 12.
3. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 68.
4. WIEDEMANN, Hebert. Excerto do “Direito Societário I – Fundamentos”. Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 143/66, p. 13, 2006; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 47 (nova série), ns. 149/150, p. 118, jan.-dez. 2008.
5. É preciso sinalizar, que essa visão é afeta ao direito brasileiro e a outros tantos ordenamentos, que aderem ao mercado sob o modo de produção capitalista, cuja regulação, no âmbito do direito comercial, preocupa-se com a produção e circulação de riquezas. A respeito:

Para bem ordenar tal relação, o direito há de se preocupar com as projeções internas e externas dessa organização, desde sua criação, passando pela sua etapa dinâmica, até, eventualmente, sua extinção.

Notada essa realidade, as regras societárias podem ser tripartidas: no ordenamento propriamente societário, que se destina às disciplinas do fim social, da organização da vontade societária e dos direitos e deveres dos sócios (*status socii*); no ordenamento empresarial, que prevê regras de gestão, prestação de contas e fiscalização da administração e da estruturação de grupos empresariais; e no ordenamento do patrimônio especial, o qual baliza a constituição e afetação de patrimônio ao fim social, a competência para dispô-lo e a disciplina da responsabilidade<sup>6</sup>.

Tais regras não são estáticas, ao contrário, por vezes, as problemáticas da vida real comungarão de peculiaridades e efeitos que atingem todas as três esferas, tampouco são ocas, pois substanciadas por princípios que lhes são típicos, ora provêm de regramentos mais amplos que lhes tangenciam, de molde a tutelar desde direitos de sócios (individualmente e de grupos minoritários) até credores e trabalhadores – grupos de referência do direito societário.

Sob o viés do ordenamento societário, a disciplina do *fim social*, essencialmente lucrativa (independentemente se isso se reverte aos sócios em forma estrutural adotada<sup>7</sup>), molda desde a atividade dos mandatários da sociedade, de acordo com seus poderes de gestão e representação<sup>8</sup>, até o modo de interpretação dos atos jurídicos dos sócios.

Inclui-se de modo relevante a noção do *objeto social*, isto é, a atividade econômica desenvolvida pela sociedade, seja sob o perfil formal daquilo que se consigna no estatuto ou contrato social, seja sob o substancial, naquilo que concerne ao conjunto de atos correlatos necessários às relações de mercado<sup>9</sup>.

---

FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro*. Da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 13, nota de rodapé 1.

6. WIEDEMANN, Hebert. Excerto do “Direito Societário...”, cit., p. 15 e ss.; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17 e ss.; MENDES NETO, João Paulo; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; NORAT, Leonardo Costa. Regime jurídico tributário da sociedade anônima de futebol. In: SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; MENDES NETO, João Paulo Mendes (Orgs.). *Revista de Direito Tributário da AATP*, Florianópolis, v. 2, p. 219-225, 2023.

7. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades...*, cit., p. 482 e ss.

8. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A. e as ações correlatas*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

9. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XXIII (nova série), n. 54, p. 67-72, abr.-jun. 1984.

Já a *organização da vontade societária*, como corolário do fim social, regula a conformação do interesse societário, a partir de seu procedimento colegial deliberativo (assembleia), de acordo com a regra da maioria, de modo que acionistas dissidentes ou ausentes são englobados no ato jurídico de um só sujeito: a companhia<sup>10</sup>.

A regulação da posição jurídica de sócio (*status socii*), proveniente de subscrição originária ou derivada (respectivamente, na constituição da sociedade ou em aquisição de participação societária)<sup>11</sup>, destina-se a tratar dos *direitos e deveres* decorrentes da qualidade de membro da comunidade societária<sup>12</sup>.

10. SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Jovene, 2012. p. 212; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidades nas deliberações de assembleia das S/A.* – e outros escritos sobre o tema da invalidez das deliberações sociais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 41; JAEGER, Pier Giusto. *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè, 1972. p. 180-181; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *O abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. São Paulo, 2010. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: [<http://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02082011-142051/pt-br.php>]. Acesso em: 05.05.2018.
11. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 2, p. 209.
12. Sobre os direitos decorrentes da qualidade de membro: WIEDEMANN, Hebert. O pequeno acionista é acionista? Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Bruno Di Dotto do original *Ist der kleinaktionär kein aktionär*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 55 (nova série), ns. 170/171, ago. 2015-jul. 2016. Disponível em: [[https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RDM\\_170-171-FINAL-1-21-36.pdf](https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RDM_170-171-FINAL-1-21-36.pdf)]. Acesso em: 03.09.2021; sobre os direitos essenciais ou inderrogáveis: ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades...*, cit., p. 543 e ss.; LACERDA, Egberto; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 1, p. 278-279). A respeito dos deveres conexos, sobretudo os de lealdade: CORDEIRO, António Menezes. A lealdade no direito das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, v. III, dez. 2006. Disponível em: [<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/>]. Acesso em: 20.06.2021; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; TANNOUS, Thiago Saddi. O acionista controlador tem o dever de sacrificar os próprios interesses em favor dos interesses da companhia, no contexto de uma relação contratual? In: BORBA, Gustavo Tavares; BORBA, Rodrigo Tavares; ALMEIDA, José Gabriel Assis de (Coords.). *Comissão de Valores Mobiliários – Precedentes comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 176; e WIEDEMANN, Hebert. Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. Otto Carlos Vieira Ritter Von Adamek. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: [<https://revistas.usp.br/rdm/article/view/192687>]. Acesso em: 20.11. 2021.

O âmbito do *ordenamento empresarial*, a sua vez, liga-se intimamente com os poderes executivos e à ideia de governança corporativa, que pauta a fiscalização ou vigilância daqueles e regula o balanço de poderes em uma companhia, em face das funções administrativas – “atividades de gestão (execução e representação) das atividades de supervisão e tomadas estratégias de decisão (orientação geral e apreciação de resultados da gestão)”<sup>13</sup>.

No que concerne à disciplina da formação de grupo de sociedades, aborda-se a dinâmica societária sob a perspectiva de direção unificada do conjunto de sociedades no mercado, seja por relação de subordinação ou coordenação, envolvendo sociedades controladas ou coligadas<sup>14</sup>.

Na disciplina do *patrimônio especial*, se regula a formação da universalidade patrimonial a partir dos capitais necessários ao desenvolvimento da atividade econômica, provenientes dos bens dos investidores que aportam recursos para a realização do escopo (patrimônio afetado ou especial). Abarca-se, ainda, a *responsabilidade patrimonial*, que variará a depender do tipo societário, mormente quando há aquisição de personalidade jurídica, pelo registro competente<sup>15</sup>.

- 
13. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 18; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 7 e ss.; HOPT, Klaus. Comparative corporate governance: the state of the art and international regulation. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, p. 1, 25 fev. 2011, ECGI – *Law Working Paper*, n. 170/2011. Disponível em SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1713750] apresenta os modelos de organização da administração: entre *one-tier* e *two-tier boards* (sistemas monista e dualista). Mencione-se, ainda, a figura do conselho fiscal, enquanto órgão destinado a supervisionar os administradores, ao qual compete “acompanhar a atuação da empresa, a fim de verificar a regularidade dos procedimentos adotados e dos negócios realizados, opinando sobre o relatório anual dos administradores” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 421).
  14. FRANCO, Vera Helena de Mello. *Grupos econômicos sob controle estatal: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da Lei das S.A. Aplicação. Limites)*. 1982. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades. Validade da estipulação de que os membros do Conselho de Administração das controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5, n. 15, p. 243-248, jan.-mar. 2002.
  15. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* – Parte geral. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. I, p. 440-449; MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*.

A competência para administração e transferência de patrimônio se atrela às regras propriamente societárias, mas também às empresariais, na medida em que os administradores possuem deveres de lealdade ante a companhia, especialmente de não se beneficiarem da posição assumida quando de seus atos, observarem os limites estatutários e legais e de serem diligentes na execução de suas atividades e zelarem pela informação clara, completa e ampla aos interessados, sob pena de responsabilização<sup>16</sup>.

Embora haja diversidade de leis que dispõem a respeito das sociedades, com base na visão tríplice do direito societário, se percebem quais os principais elementos constatáveis em eventual conflito, como dialogam entre si e, de acordo com os vetores valorativos, como deve ser feito o juízo cognitivo sobre o litígio.

### 3. SISTEMÁTICA VALORATIVA NOS LITÍGIOS SOCIETÁRIOS

Correlatos à sistemática estrutural, há princípios e valores sociais que servem de vetores<sup>17</sup> para interpretação jurídica, sobretudo, quando em litígio. Trata-se de critérios valorativos informadores da decisão judicial que se identificam com a disciplina mercantil como um todo, mais especificamente, em seu viés societário.

Entre esses, mostram-se relevantes para o presente recorte metodológico a *tipicidade societária*, os *direitos essenciais dos sócios*, o *princípio majoritário*, a *estabilidade das deliberações*, a *autonomia da vontade* e a *preservação da empresa*.

É indiscutível que o Código Civil adotou um modelo de *tipicidade fechada* para regular as organizações pelas quais os agentes econômicos pretendam contratar sociedade (art. 983 do CC). Disto decorre que cada um dos tipos tem seus *elementos tipicizantes*, os quais caracterizam determinada categoria de sociedade.

---

2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 84; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário – Eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 325; DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e patrimônios sociais, lucros e reservas. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.); MAIA, Pedro; RAMOS, Maria Elisabete; MARTINS, Alexandre Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). *Estudos de direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 194-200; TANTINI, Giovanni. *Capitale e patrimonio nella società per azioni*. Padova: Cedam, 1980. p. 30 e ss.; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*, cit., p. 130.

16. ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores...*, cit., p. 119-190; SPINELLI, Luis Felipe. *Administração das sociedades anônimas – Lealdade e conflito de interesses*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 21-45.

17. FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial...*, cit., p. 16, nota de rodapé 15, p. 146 e ss.

É preciso observar que cada tipo possuirá seus efeitos jurídicos próprios, envolvendo sobretudo a disciplina da responsabilidade patrimonial dos sócios<sup>18</sup>.

Com a formação da sociedade, exsurge uma posição jurídica dentro da coletividade, que é o *status* de sócio que se confere àquele que aderiu ao contrato social, operado em uma relação jurídica sinalagmática de caráter plurilateral, de todos para com todos naquela organização<sup>19</sup>.

Na base dessa relação, há o *direito substancial* do qual provêm todos os direitos. Trata-se do direito de *membro* decorrente da propriedade da quota capital, que acompanha os direitos e deveres do *status socii*, de modo que este próprio deve ser tutelado como tal, já indiciando que quaisquer expropriações, caso admitidas em direito, são a *ultima ratio*<sup>20</sup>.

Da qualidade de membro, emanam direitos, genericamente, de *participação nos lucros* (vedada a sociedade leonina – art. 1.008 do CCB<sup>21</sup>), elemento essencial do contrato de sociedade, de *fiscalização* e de *influência gerencial* na organização<sup>22</sup>.

Desses direitos, são corolários outros tantos, como o recesso nas hipóteses previstas em lei, de preferência na subscrição de capital (evitando-se a diluição e, por conseguinte, o poder de influência na gestão) e de participação na divisão do acervo em caso de liquidação. O fator indissociável se sustenta, porém, naquele que garante os demais direitos, que não pode ser injustificadamente afetado.

O *princípio majoritário*, a seu turno, figura como fator indispensável para que as sociedades mantenham sua integridade e estabilidade. Em sendo a formação da vontade proveniente de um procedimento previsto em lei e no estatuto, o conclave estrutura a conjunção dos votos dos sócios, tornando-os um só: a declaração de vontade da sociedade<sup>23</sup>.

---

18. Sobre o tema, vide PELA, Juliana Krueger. O regime de responsabilidade dos sócios e a aplicação das regras das sociedades simples. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ns. 166/167, p. 38, 2014; *As golden shares no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 110; BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traduzido para o espanhol por A. Martin Perez. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. p. 153.

19. ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades...*, cit., p. 491-495, nota de rodapé 1019.

20. WIEDEMANN, Herbert. O pequeno acionista..., cit., p. 21.

21. HUCK, Hermes Marcelo. Pactos societários leoninos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 64-73, fev. 1999.

22. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito...*, cit., p. 236-270.

23. Sobre a evolução do princípio da maioria, vide: LAUTENSCHLAGER, Nilson. Notas sobre “A história do princípio da maioria de Otto Friedrich von Gierke”. *Revista de Direito*



Em sintonia, por ser esse o fator inderrogável para a formação da vontade associativa, não há como impedir que os sócios se reúnam – este, aliás, é o pressuposto fundamental do acesso às assembleias e garantia do direito de voz de acionistas (art. 126 da LSA).

Como corolário do princípio majoritário e do procedimento assemblear, a *intervenção mínima*<sup>24</sup> nas sociedades reforça a autonomia da vontade e a excepcionalidade da intervenção do Estado<sup>25</sup> – afinal, se já se dispôs sobre as formas de exercício do voto, apenas quando evidentemente inobservadas, haveria razão para intervir.

Também do ponto de vista assemblear, paira sobre a sociedade o princípio da *estabilidade das deliberações*. Deve-se, aqui, ao fato de que a sociedade, como agente econômico que interage no mercado com terceiros, espraia suas decisões, ainda que tomadas internamente, pelos seus representantes executivos, de modo que a aplicação do regime geral de nulidade projetaria efeitos deletérios, como a nulidade de todos

---

*Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano LIII, nova série, ns. 166/167, p. 7-22, ago. 2013-jul. 2014. Mais especificamente sobre o princípio no direito societário, destaque-se a reflexão de Francesco Galgano (*La società per azioni*. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: Cedam, 1984. v. 7, p. 27), ao dizer que nem sempre o princípio majoritário será igual nas estruturas societárias; o qual pode ter caráter *plutocrático*, como nas sociedades anônimas, cujo poder do voto e o controle de pauta na riqueza investida na companhia, ou *democrático*, partindo da condição isonômica de sócios que desempenham o mesmo papel numa cooperativa.

24. SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. *Intervenção judicial na administração de sociedades*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 68.
25. A respeito do tema, Paula Andrea Forgioni (A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: Art. 7º. In: Floriano Peixoto; Otavio Luiz; Rodrigo Xavier (Orgs.). *(Comentários à Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019. E-book*. São Paulo; Ed. RT, 2019. *E-book*) ao comentar sobre as alterações promovidas pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), aduz que: “Um dos principais problemas enfrentados na interpretação dos contratos empresariais liga-se à disseminação dos princípios consumeristas entre os julgadores, muitas vezes desprezando o conteúdo acertado pelas partes empresárias que, dentro de sua racionalidade própria, alocam deveres, obrigações e riscos entre si. [...] No campo consumerista, a intervenção do julgador no negócio tende a ser mais acentuada. No Direito Empresarial, muitas vezes essa ingerência mostra-se desastrosa, embora cercada de boas intenções. É nesse contexto de combate ao excessivo intervencionismo e de reforço ao *pacta sunt servanda* que se situa o novo dispositivo legal, posto no parágrafo único do art. 421. Bem estabelecido que o contrato deve cumprir sua função social [*caput*], afirma-se que o julgador nele deve intervir no menor grau possível, respeitando a vontade comum das partes, e que a revisão contratual deve ser excepcional [...]”



os atos jurídicos cujo ato original foi anulado, de modo que o próprio prazo é, em certos casos, diferenciado<sup>26</sup>.

A *autonomia da vontade* no âmbito societário pronuncia seus efeitos pela perspectiva de autorregramento de interesses<sup>27</sup>; cria-se, por exercício da liberdade de contratar, uma disciplina normativa interna às organizações (*contrato plurilateral normativo*), cujas regras seguem princípios comuns às leis estatais. Impera, aqui, a noção de hierarquia interpretativa das normas, sistematização do pensamento e, eventualmente, o reconhecimento *declaratório* de nulidade de eventuais dissonâncias<sup>28</sup>.

O princípio da *preservação da empresa*<sup>29</sup> é corolário da *função social da propriedade*<sup>30</sup>, a qual, prevista expressamente na ordem econômica, visa garantir que o uso dos bens de produção (aqueles que se destinam à produção de outros bens) projetem efeitos positivos à sociedade, para além do seu proprietário imediato (*externalidades positivas*)<sup>31</sup>.

- 
26. Sobretudo, a respeito, o art. 286 da LSA e, acerca deste, as considerações de Erasmo Valladão (*Invalidades das deliberações...*, cit., p. 80 e 147). Isso se ratifica pela necessidade de as deliberações, quando compostas de voto nulo, só são anuladas caso não passem pela *prova di resistenza*, i.e., caso o voto seja fundamental para a formação da maioria deliberativa (MANIÀCI, Arturo. Tutela delle minoranze e rimedi risarcitori nella nuova disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari societarie. *Revista Jurídica (Unicuritiba)*, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 559-583, 2016. Disponível em: [http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1856/1228]. Acesso em: 15.02.2021).
  27. GIANNINI, Massimo Severo. Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia). Studi in onore di Luigi Rossi. Milano, Giuffrè, 1952. p. 195-229. Studio pubblicato anche in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951 (v. scheda n. 3/1951). p. 353. No mesmo sentido, Forgioni (A interpretação..., cit., grifos do original): “Uma das faces do princípio constitucional da livre-iniciativa é a garantia ao agente econômico de que sua vontade importará [autonomia da vontade], preservando-se sua liberdade de contratar e de não contratar. Regra geral, no campo da autonomia privada, a Constituição Federal garante à empresa que não será obrigada a contratar com quem não quiser, da mesma forma que poderá escolher a quem se vincular.”
  28. V.g., um regimento interno que suprima poderes de um órgão em contrariedade ao que se prevê no estatuto deve ser encarado como ineficaz (*lato sensu*), porque não pode operar efeitos contrários ao que dispõe norma (mesmo que privada) hierarquicamente superior.
  29. COELHO, Fábio Ulhoa. Provitamento liminar em lide societária. In: PITTA, André Grüns-pun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Direito societário e outros temas de direito empresarial aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 284 e ss.
  30. Respectivamente positivados nos artigos 47 da Lei 11.101/2005 e art. 170, III, da Constituição brasileira de 1988.
  31. Por todos: COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 63, p. 76, 1986.

Permitir que trabalhadores, a comunidade envolvida e, em certa escala, a Fazenda Pública possam também se beneficiar de uma gestão cuidadosa, que não atinge negativamente terceiros, é fator preponderante para que se concretize esse mandamento constitucional<sup>32</sup>. Nesse caso, para além da *função societária* do contrato social, deve-se observar a *função social*.

Tais valores e direitos não de servir como vetores interpretativos e pilares da motivação da jurisdição ao se deparar com um litígio societário, especialmente se envolver pleitos de cognição sumária, não apenas por força do dever de cautela do Juízo, mas porque este deve se preocupar também com as consequências práticas da decisão<sup>33</sup>.

#### 4. TUTELAS PROVISÓRIAS EM DIREITO SOCIETÁRIO

Ao se judicializar a pretensão sumária, a análise exauriente é posta em segundo plano, de modo que a efetividade do processo e o resguardo ao bem jurídico pretensamente tutelado são contrapostos à maximização da certeza e segurança jurídica, essenciais aos jurisdicionados e garantidas depois do amplo exercício da defesa e do contraditório<sup>34</sup>.

O objetivo é evitar que a parte reste prejudicada pelo tempo do processo, seja porque há risco de perecimento do direito, ou mesmo porque, ante a fortaleza dos argumentos, inexistente razão para aguardar o fim do *iter* procedimental – respectivamente, tutelas de *urgência* e de *evidência*<sup>35</sup> –, permitindo-se a tomada de decisões provisórias.

Envolvendo urgência, o Código de Processo Civil suscita dois requisitos: a *probabilidade do direito* e o *perigo da demora*<sup>36</sup>. O primeiro calcado no grau de verificação de

32. O que demonstra que, a depender da escala de direitos envolvidos no litígio societário, o pleito pode alcançar um amplo escopo estrutural, demandando atuação prospectiva do juízo.

33. É como orientam o artigo 139 do CPC e o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

34. CORRÊA, Leonardo Oliveira Peres. *Teoria da cognição judicial no processo civil*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.

35. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória: considerações gerais. In: *O novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 256 e ss.

36. Prevê o art. 300 do CPC: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

comprovação da veracidade dos fatos alegados – há, aqui, já uma medida de *standard* probatório mínimo que será parâmetro para a contraposição ou reiteração de argumentos e provas no decurso do processo<sup>37</sup> –; o segundo, no perigo de perecimento do próprio direito ou no risco ao resultado útil do processo, que, de um lado, pode gerar a irreparabilidade do prejuízo; e de outro, a reparação insuficiente ou inadequada<sup>38</sup>.

Nessa espécie de tutela provisória, o provimento jurisdicional será de natureza assecuratória (*tutela cautelar*) ou satisfativa (*tutela antecipada*), a depender da pretensão e, sobretudo, do risco concreto que se opera sobre o bem jurídico discutido – ainda que, entre estas, possa ocorrer fungibilidade nas medidas adotadas pelo Juízo (art. 297 do CPC)<sup>39</sup>.

- 
37. Kazuo Watanabe (*Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134) ressalta, a respeito, que deve existir “adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim que se destina”. Ainda, a respeito de *standard* probatório: “[n]a decisão sobre os fatos, para além da valoração das provas, há um momento posterior e indispensável da decisão relativo à seguinte verificação: se, uma vez avaliadas as provas, elas atingem um nível mínimo de suficiência para que se possa ter como provada uma hipótese fática.” (PEIXOTO, Ravi. Os *standards* probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 586-618, maio-ago. 2021. Disponível em: [https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569/0]. Acesso em: 15.01.2022). Especificamente sobre *standards* probatórios e tutelas de urgência, Tiago Bitencourt e Gustavo Belucci (*Standards probatórios e Tutelas de Urgência*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 2, p. 1288-1309, maio-ago. 2022. Disponível em: [https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62633/42390]. Acesso em: 27.05.2023) destacam a articulação necessária “entre a espécie de cognição, o perigo da demora, a probabilidade da existência do direito alegado – que, por sua vez, compõe-se de uma dimensão jurídica e outra fática – e a intensidade da afetação da esfera jurídica de quem se vê compelido ao cumprimento da ordem judicial”.
38. Sobre o *periculum in mora*, Andrea Proto Pisani (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2014. p. 604) assevera que “è possibile effettuare un'altra, importantissima, distinzione a seconda che il periculum in mora assurga o no agli estremi della irreparabilità del pregiudizio; a seconda, cioè, che il danno derivante all'attore della durata (o anche a causa della durata) del processo a cognizione piena consista o no in un danno irreparabile, cioè in un danno insuscettibile di essere riparato adeguatamente nella forma della tutela resarcitoria o per equivalente monetario.”
39. CALAMANDREI, Piero. *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*. Roma: Roma TrE-Press, 2019. v. IX – Opere giuridiche, p. 166-175; CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Fungibilidade entre tutela de urgência e tutela de evidência – Intersecção entre processos

A decisão acautelatória (art. 301 do CPC), por essência, possui como característica a *referibilidade* ao bem jurídico discutido, de modo que o perigo da demora, a dar azo ao acautelamento, pode impedir o acesso àquele, em razão da extensão do processo no tempo<sup>40</sup>; são medidas comuns a esse tipo de tutela o arresto, o sequestro e o arrolamento de bens.

Nas tutelas antecipadas, busca-se garantir a “fruição de efeitos do possível direito”<sup>41</sup>, possibilitando-se que o provimento jurisdicional confira utilidade do direito ao titular. Como impedimento à concessão de tutela de tal natureza, o § 3º do art. 300 do CPC apresenta a irreversibilidade da medida<sup>42</sup>, a fim de se considerar potencial perigo reverso ao demandado.

Fruir propriamente, do direito material, não é, contudo, a única forma de visualizar os efeitos da tutela que antecipa os efeitos da decisão. Luiz Guilherme Marinoni<sup>43</sup> defende, ainda, que a antecipação da tutela pode ensejar medidas *inibitórias* (evitar que a atividade ou ato ilícito ocorra, repita-se ou se perpetue) ou de *remoção de ilícito* (pelo que se pretende evitar que os efeitos do ato ilícito já realizado e exaurido se prorrogue no tempo). Em tais casos a ação:

“[...] não requer nem mesmo a probabilidade de dano, contentando-se com a simples possibilidade de ilícito (ato contrário ao direito). Isso por uma razão simples: imaginar que a ação inibitória se destina a inibir o dano implica na suposição de que nada existe antes dele que possa ser qualificado de ilícito civil. Acontece que o dano é uma consequência eventual do(s) ato(s) contrário(s) ao direito, os quais, assim, podem e devem ser destacados para que os direitos sejam adequadamente protegidos.”

O perigo da demora em situações tais reside sobretudo no risco iminente de danos que o *status* de ilicitude confere ao caso concreto, restando a demonstração da

---

sumários com função cautelar e decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, p. 141-169, ago. 2017.

40. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2, p. 576.

41. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Op. cit., p. 255.

42. No entanto, tal impedimento não seria inderrogável. O Enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, por exemplo, indica que: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis.”

43. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: [http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/luz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf]. Acesso em: 15.06.2023.

probabilidade do direito, no caso da tutela inibitória, na demonstração da facticidade no temor de recorrência ou ocorrência do ilícito, mas também na demonstração do ilícito perpetrado e dos seus efeitos em potencial ou já operantes, no caso de remoção do ilícito.

As tutelas de evidência (art. 311 do CPC), por sua vez, provêm de um grau elevado de correspondência entre as provas carreadas nos autos e o direito pleiteado, de modo que a própria lei dispensa aguardar o deslinde do feito, porque não se justifica afastar o jurisdicionado da fruição do seu direito. A profundidade da cognição já alcançou nível suficiente, que dispense, ainda que precariamente, o exaurimento da cognição processual<sup>44</sup>.

Procedimentalmente, o CPC prevê a propositura das tutelas de urgência de maneira antecedente ou incidental; naquele caso, quando a urgência for contemporânea à propositura da demanda, sujeitando-se a peça exordial à complementação, para se conformar ao pedido principal (arts. 303 a 310 do CPC). As medidas podem ser concedidas, ainda, em caráter liminar ou com justificação prévia (art. 300, § 2º, e 311, do CPC).

Nos litígios societários, a multiplicidade de situações possíveis exige do Judiciário abordagem especializada – não em sentido de competência – em relação aos fatores e às circunstâncias relevantes a moldarem a motivação do Juízo quando da concessão ou da negativa de certa medida requerida por tutela provisória.

Compatibilizar a *probabilidade do direito* aos ditames estruturais da sistemática societária e os *riscos da demora* ao sistema valorativo serve de base para garantir que a decisão judicial observe seus requisitos de motivação (art. 489, § 1º, do CPC)<sup>45</sup>,

---

44. ROSALEN, Volnei. Tempo não é evidência – Uma análise acerca do tempo processual como fundamento da tutela provisória baseada em evidência do artigo 311 do CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 3, p. 1125-1148, set.-dez. 2021. Disponível em: [<https://epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/47921/39124>]. Acesso em: 21.02.2023.

45. Especialmente, protegem-se os jurisdicionados do uso de conceitos indeterminados, como a *affectio societatis*, termo abstrato e dissonante da realidade normativa do século XXI em âmbito societário, que se afasta dos elementos essenciais do *contrato* plurilateral, permitindo que fatores subjetivos se sobreponham ao esquema causal, que segue um racional econômico adaptado ao cenário mercantil. A respeito, vide Leonardo Norat, Gisele Góes e Luma Scaff (Dissolução parcial da sociedade por exclusão de sócio e a contribuição dos negócios jurídicos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 3, set.-dez. 2022. Disponível em: [<https://epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/65680/43615>]. Acesso em: 21.02.2023); Ana Frazão (O STJ e a dissolução parcial de sociedade por ações fechadas. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIX,

preocupando-se com as consequências práticas da medida (art. 20 da LINDB), e mitigando, pelas medidas que melhor se apresentarem no caso (art. 139 do CPC), os riscos de irreversibilidade da decisão.

Atuando dessa maneira, estabelece-se um parâmetro decisório, procedimental e sistemático, a ser observado quando de pronunciamentos provisórios, de acordo com a realidade fática que o legislador pretendeu tutelar. Isso se dá, aliás, sem fechar portas, seja para sujeitos interessados – pense-se em uma demanda coletiva envolvendo vários acionistas de companhia com capital disperso –, seja para outros vetores interpretativos que venham a se fazer presentes de maneira complementar.

Criam-se, então, ferramentas comuns para que os atores da relação jurídica processual abordem o processo com sintonia, ainda que discordem da conclusão alcançada. Fato é que todos se depararão com o mesmo sistema, e o deslinde perpassará, de maneira mais ou menos próxima, pelas disciplinas estruturais e valores caros ao direito societário.

## 5. CASUÍSTICAS SOCIETÁRIAS

São infinitas as relações imagináveis a ensejar um litígio societário. Por isso, são apresentadas, a título de exemplo e de modo complementar, duas hipóteses não raramente constatáveis na prática diária.

A primeira, sobre dissolução parcial por exclusão de sócio, medida considerada a *ultima ratio* para a solução de problemas societários, cujos parâmetros de análise devem ser cautelosamente avaliados. A segunda, acerca da obrigação de declarar vontade, temática que enseja divergências doutrinárias a respeito da possibilidade de se antecipar os efeitos de decisão substitutiva, o que, na dinâmica comercial societária, possui contornos específicos.

### 5.1. Ação de dissolução parcial por exclusão de sócio com pedido de afastamento da administração em sociedade limitada

A sociedade limitada, à semelhança das sociedades anônimas, ressalvado o caso de empate, tem suas deliberações tomadas por maioria calcada no capital social, inclusive para fins de nomeação e destituição de administradores.

Por certo, impera aí a ideia de que, quem mais investiu, mais poder teria para definir como o patrimônio social deveria ser utilizado, da mesma forma, teria ainda o

---

n. 141, p. 15-18, abr. 2019) e Erasmo Valladão e Marcelo Adamek (*Affectio Societatis...*, cit., p. 123).

direito – por sua quota-parte majoritária – de nomear os administradores, operacionalizando aquilo que orientou.

Não raro, porém, essa maioria passa a se apropriar indevidamente da posição de dominância atuando abusivamente e quebrando com seus deveres de lealdade, pelos quais deveria, em cooperação com os demais sócios, dar efetividade ao fim social, sem conflitar com o interesse societário.

Agindo dessa forma, o sócio acaba por colocar em risco a própria função societária, de modo que, por atos de inegável gravidade, contemporâneos à demanda e que não foram objeto de aceitação<sup>46</sup>, dá azo à exclusão por justa causa (art. 1.085 do CC). Em tal caso, a maioria do capital social dos demais sócios deliberará sobre a exclusão, de molde a autorizar à própria sociedade ingressar em juízo em face do excluindo para a dissolução do vínculo societário perante este (art. 1.030 do CC)<sup>47</sup>.

Seguir-se-á, portanto, com demanda de natureza constitutiva-negativa tendo em vista extinguir o vínculo jurídico negocial com o sócio demandado, como preceituam os arts. 599, III e 600, V, do CPC.

No caso de o sócio ser também administrador, mormente quando sejam os atos realizados naquela função os que materializam a violação do dever de lealdade, deve-se cumular o pedido à destituição, por descumprir com suas atribuições de mandatário<sup>48</sup>, de maneira a esclarecer que há justa causa para sua remoção do cargo (art. 1.019 do CC).

---

46. Sobre os critérios materiais de avaliação do ato de inegável gravidade, vide Marcelo Adamek (Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos: Liber Amicorum* Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 186).

47. Importante destacar que, pela aplicação do artigo 1.085 do CC, a exclusão pode se dar extrajudicialmente, quando prevista no contrato social, desde que precedida de reunião para exercício de ampla defesa do sócio. Em tal caso, contudo, exige-se a *maioria absoluta do capital social* (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Desligamento de sócio. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (autores). CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. 2. *E-book*).

48. Em se tratando de demanda proposta por minoria, é de se verificar que também o provimento judicial é o meio útil e necessário à destituição, isso porque, sendo o sócio majoritário aquele que, por sua propriedade do capital social, tem o direito de nomear os administradores e o poder de destituí-los (artigo 1.063, § 1º, do CC) e não sendo a própria nomeação um ato condutor a impedimento de voto em deliberação, seja por ausência de vedação legal (*conflito formal*) ou porque a função de mandatário não é um *benefício*



A título de tutela provisória, pode-se vislumbrar que o afastamento do sócio do cargo de administrador assume carga, ora de medida acautelatória, a fim de resguardar a continuidade da empresa e a preservação do fim social, ora de caráter antecipatório<sup>49</sup> satisfativo e inibitório, porque, desde logo, retira do *munus* o mandatário infiel, impedindo-se que novos ilícitos sejam perpetrados.

Em relação ao sócio, contudo, outras medidas não de ser cogitadas, como a restrição ao exercício do direito de voto, a limitação ao acesso de informações sigilosas da empresa, ou outras medidas que impeçam que o sócio, em razão do seu *status socii*, persista em quebrar com deveres de lealdade em prejuízo da companhia. Em todas estas, há, ainda que de maneira mitigada, a antecipação dos efeitos da tutela final de um eventual afastamento do sócio, haja vista que desde já aquele fica impedido ou limitado para exercer atos que aquela posição jurídica lhe confere.

À luz da sistemática societária, pode-se ver nessa hipótese que os fatores do ajuizamento da medida se enquadram em arcabouços estruturais diversos, mas que confluem entre si. Isso se constata na deliberação para a propositura da ação até a suspensão de direitos de sócio, que são regulados no ordenamento propriamente societário, e no pleito de afastamento do administrador, que encontra suas regras no ordenamento empresarial.

Vê-se ainda que, em termos valorativos, o Juízo deve observar a *intervenção mínima nas sociedades*, ao vislumbrar se a medida proposta é efetivamente aquela que garante a *preservação da empresa*, bem como aferir se o *princípio majoritário* (plutocrático), ao ser excepcionado, o foi por razões comprováveis.

Passando por essa análise, as próprias medidas a serem adotadas devem respeitar, ainda, os direitos essenciais dos sócios, como o direito ao recebimento dos

---

*particular*, mas um dever funcional, a vontade da maioria excluenda seria, ainda, prevalente (ADAMEK, Marcelo von; *Responsabilidade dos administradores...*, cit., p. 351-353), ao não se enquadrar na vedação ampla do artigo 1.074, § 2º, do CC.

49. Para Spinelli, Scalzilli e Tellechea (op. cit., p. 33 e 74), a medida terá sempre caráter acessório de acautelamento de uma demanda ou pedido principal (como a exclusão de sócio ou a própria responsabilização do administrador). Apesar de ser, em geral, esse o intuito de uma medida interventiva do Judiciário na administração, não se pode afastar, ao menos em sede teórica (e dogmática) que, à luz do artigo 1.019 do CC, aplicável – interpreta-se – supletivamente (já que não há como a minoria destituir o administrador), o afastamento provisório do administrador demandado configura a antecipação dos efeitos que a decisão judicial a ser tomada depois do exaurimento da cognição jurisdicional; aqueles mesmos autores, porém, noutra passagem, indicam que a natureza jurídica da intervenção judicial e nomeação de interventor “é de medida cautelar ou de antecipação de tutela, porquanto busca garantir a efetividade e o resultado útil do processo”.

lucros e fiscalização, o que pode ser mitigado por depósito de valores e o acesso de documentações em juízo, quando pedidas delimitada e justificadamente, a exemplo do art. 1.191 do CC.

Por tal excepcionalidade, as medidas devem seguir os pressupostos de urgência do art. 300 do CPC, com a demonstração da probabilidade do direito e do perigo da demora; no entanto, como salientam Spinelli, Scalzilli e Tellechea, esses requisitos “devem ser escrupulosamente demonstrados pela parte requerente, [...] devendo a intervenção judicial ser decretada em bases bem concretas”<sup>50</sup>.

Em sintonia, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>51</sup> aborda a temática com cautela, aduzindo que, em se tratando a exclusão de sócio majoritário de medida drástica a ser tomada, o provimento liminar de afastamento daquele da administração exige provas inequívocas dos atos graves.

Na oportunidade, consignou o Relator:

“Conquanto alegada a prática de faltas graves cometidas pelo requerido, cumpre destacar que a retirada liminar de sócio da administração de sociedades em que há anos exerce a gestão é situação que se reveste de excepcionalidade, não havendo substrato probatório suficiente a embasar decisão tão drástica. Os autores mencionam que a administração das empresas pelo recorrido acarretou

---

50. E prosseguem (op. cit., p. 81-82): “Assim, em primeiro lugar, deve o autor demonstrar a probabilidade do seu direito, realizando-se prova robusta da base fática que permite a intervenção judicial na administração da sociedade. Ademais, a parte requerente deve comprovar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, elementos que não podem ser conjecturais ou remotos ou meras alegações. Muito pelo contrário, os fatos narrados devem ser concretos e eminentes, além de graves e objetivos. Meros receios, riscos eventuais ou temores do requerente não podem ensejar aplicação da medida. De qualquer sorte, a necessidade da medida pode restar caracterizada pelo risco da continuidade do administrador no cargo ou mesmo por um perigo futuro. Com efeito, o perigo de dano normalmente se substancia na possibilidade de os administradores praticarem novos atos lesivos ao interesse social e/ou a quem requereu a medida, o que deve ser evitado tanto quanto possível.”

51. BRASIL. TJSP, AI 2104895-12.2022.8.26.0000, rel. Des. Azuma Nishi, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 10.05.2023. Agravo de instrumento. Ação de dissolução parcial de sociedade limitada. Tutela provisória de urgência. Decisão recorrida indeferiu o pedido de afastamento imediato do réu da administração das sociedades Água Mineral Natural Semog Ltda. ME e 5.6 Importação, Exportação e Distribuição de Bebidas Ltda. Retirada imediata de sócio majoritário da administração das sociedades constitui medida excessivamente drástica para ser tomada antes mesmo da sua citação para apresentação de contestação. Recurso desprovido.

deterioração do patrimônio das sociedades, inadimplemento das obrigações assumidas, confusão patrimonial, aumento substancial das dívidas etc. Tais afirmações unilaterais, contudo, não se mostram aptas a fundamentar o acolhimento da tutela de urgência pretendida. Conquanto acompanhadas de documentos que supostamente indicam a prática de atos prejudiciais aos interesses das sociedades, a prova documental, por si só, não basta para embasar a adoção de medida de extrema gravidade (afastamento liminar de sócio majoritário).”

Mostra-se, assim, a necessidade de aferir as consequências da medida a ser adotada, bem como a excepcionalidade da medida, de acordo com as provas apresentadas pela parte autora.

Em julgado do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>52</sup>, por outro lado, constatou-se que, havendo desvio injustificado de valor relevante ao fim social e desenvolvimento da atividade econômica, com a quebra dos deveres de zelo do administrador, estar-se-ia diante da possibilidade de afastar o sócio da administração em sede de cognição sumária:

“Em primeiro lugar, é incontroverso, até agora, o fato de que o Agravante subtraiu do caixa da empresa a quantia de R\$ 91,500,00 (noventa e um mil e quinhentos reais), o que, a priori, não pode ser considerado regular, sabido que, além do pro labore, aos sócios só são permitidas a apropriação de recursos da empresa a título de rateio de lucros, pagamento de juros sobre capital próprio ou indenização por cotas de cuja titularidade abdicam. Caberia ao Agravante, frise-se, justificar o porquê de ter feito a retirada, e não aos Agravados, pois destes não se pode exigir a realização de prova negativa (ou seja, da não existência de motivo autorizador

- 
52. BRASIL. TJPR, AI 0009626-90.2021.8.16.0000, rel. Juiz de Direito Substituto em segundo grau Luiz Henrique Miranda, 18ª Câm. Cív., j. 10.05.2021. Agravo de instrumento. Decisão de arresto em conta de sócio administrador de pessoa jurídica e de afastamento sumário dele da administração. Quebra da affectio societatis, decorrente da injustificada apropriação de elevada quantia que integrava o capital de giro da sociedade. Inexistência de prova desconstitutiva de direito alegado pelo autor/agravado. Dever de diligência na condução dos negócios da sociedade. Violação dos deveres impostos ao administrador. Ausência de justificativa plausível e em razão dos interesses societários para a realização de saque que impediram o atendimento das obrigações da sociedade. Índícios de administração temerária. Decisão de primeiro grau mantida. Recurso desprovido. O administrador da pessoa jurídica deve gerir a sociedade com o zelo e dever inerentes, com o bom senso do homem médio e a diligência que deferiria aos seus próprios negócios. A grave violação dos deveres societários, além disso dá margem à quebra da affectio societatis, o que autoriza a tomada de medidas extremas, tal como o afastamento liminar do sócio da administração dos negócios, se necessário à manutenção da normalidade destes.

para o saque dos valores), e, não bastasse, é nisso que reside o fato impeditivo do direito deles de exigirem daquele a restituição do dinheiro. [...] [J]ustificava-se a excepcional antecipação dos efeitos das tutelas de mérito postuladas pelos Agravantes, a uma porque a quantia subtraída do caixa da empresa é elevada e capaz de prejudicar a normalidade de sua atuação, a duas porque foi feita verossímil a alegação de que ela dependia do dinheiro para cumprir obrigações tributárias, a três porque seria temerário manter o Agravante no comando dela, o que, diante do evidente desaparecimento da *affectio societatis* e, agora, de seu antecedente negativo na condução dos destinos dela, poderia causar prejuízos imensuráveis tanto a ela quanto ao sócio remanescente.”

Mencione-se, ainda, Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>53</sup> a respeito da garantia do direito essencial do sócio em auferir lucro, o que, no âmbito de ação dissolutória por exclusão, pode ser resguardado por depósito em juízo:

“Com efeito, inexistente óbice para que o recorrido levante os valores depositados nestes autos a título de lucros sociais. Mais uma vez, destaco que os lucros, além de constituírem fim último de qualquer sociedade, representam direito essencial do sócio (arts. 997, VI, e 1.007 do CC), sendo, ainda, vedada a sua exclusão (art. 1.008 do CC).”

Nos casos citados, ainda que de maneira exemplificativa e complementar, constata-se que a temática demanda cautela do Poder Judiciário ao proferir decisões provisórias envolvendo tanto o afastamento de administradores quanto a restrição ou modulação de direitos de sócios; a probabilidade do direito invocado e o perigo da demora devem ser evidenciados de maneira robusta, alcançando-se o *standard* probatório para o caso concreto<sup>54</sup>.

- 
53. BRASIL. TJSP, AI 0025877-25.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. 18.09.2012. Agravo de instrumento. Direito de empresa. Ação de dissolução parcial de sociedade. Pagamento mensal de valores a título de distribuição de lucros determinado por decisão anterior. Descumprimento em parte. Inexistência de elementos que permitam concluir que o valor devido corresponde àquele depositado nos autos pela recorrente, havendo, ainda, indícios de que o montante é significativamente maior. Valor pleiteado pelo autor que tampouco se mostra correto. Expedição de ofícios a terceiros. Impossibilidade. A decisão anterior, que antecipou os efeitos da tutela, deve ser cumprida pela recorrente, sob pena de eventual cometimento por parte de seus administradores de crime de desobediência e eventual imposição de outras medidas coercitivas. Bloqueio de valores. Possibilidade. Exegese do art. 461, § 5º do CPC. Decisão parcialmente reformada. Agravo provido apenas em parte.
54. Ganha relevância, então, no âmbito dos próprios contratos sociais, dispor-se objetivamente sobre as causas suscetíveis de exclusão; trata-se de realizar negócio jurídico processual

## 5.2. Execução específica de acordo de sócios em obrigação de declarar vontade

Outra casuística que costuma gerar litígios diz respeito à execução específica de acordos de acionistas de que trata o art. 118, § 3º, da LSA. Estes são espécies de *acordos parassociais*<sup>55</sup>, pelos quais os acionistas dispõem sobre “compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle”.

Em contratos tais, é comum que os sócios, controladores ou não controladores que possuem certo grau de compartilhamento do poder de comando, assumam obrigações decorrentes dessa posição relevante na companhia, seja isso operado pelo próprio acordo ou por reunião colegiada decorrente daquele.

Não é incomum que essas obrigações digam respeito ao oferecimento de garantias fidejussórias em contratos realizados pela própria sociedade (como prestar aval ou fiança em contratos bancários), de modo que o acordo parassocial passa a dispor preliminar e acessoriamente sobre obrigação contratual futura, em benefício de terceiro (companhia), vinculando antecipadamente a vontade de um determinado sujeito (um acionista).

Trata-se, então, de dispor, por negócio jurídico, acerca da *obrigação de prestar declaração de vontade*, de maneira que o próprio ato declaratório, o qual, em regra

---

*sobre prova*, delimitando-se o âmbito de atuação do Judiciário, o que confere segurança jurídica até mesmo na fase pré-processual de angariação do acervo probatório (NORAT, Leonardo Costa; GÔES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo, cit., p. 209).

55. São “contratos celebrados por todos ou por alguns dos sócios de uma sociedade, nessa qualidade, que visam salvaguardar interesses das partes sobre assuntos respeitantes à vida societária, nas várias relações que se estabelecem entre elas e a sociedade, os órgãos sociais ou terceiros. Estes acordos são autónomos relativamente ao pacto social, uma vez que vinculam individual e pessoalmente as partes que os celebram, sem afectar a sociedade” (MORAIS, Helena Catarina Silva. *Acordos parassociais*. Coimbra: Almedina, 2014. *E-book*). Sobre as duas características individualizantes desta *fattispecie*, por todos, Giorgio Oppo (*Contratti parasociali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942. p. 2-19): “i caratteri individuanti che postuliamo nelle fattispecie considerate: a) distinzione dal contratto sociale, e quindi carattere individuale e personale del vincolo prodotto dal negozio, contrapposto al carattere sociale degli obblighi che si richiamano alla legge della società, si che resta esclusa per il primo quella particolare efficacia che e nei rapporti interni e in quelli con i terzi ha il regolamento sociale (legale o statutario) del rapporto sociale; b) collegamento col rapporto sociale. Sono accordi che si concludono accanto allo statuto e più in generale accedono al regolamento sociale del rapporto e dell’azione sociale ma non perdono l’autonomia di negozi distinti [...]”

(nas relações privadas), motiva-se por razões psíquicas (eminentemente subjetivas) – prevalecendo aquilo que é externalizado e não o processo de formação dessa vontade –, passa a se caracterizar como uma declaração de vontade *obrigatória*, vinculada objetivamente à causa que originou a obrigação<sup>56</sup>.

Ao declaratório da obrigação de assumir determinada obrigação exsurge o direito subjetivo de exigir que a obrigação seja assumida, o qual, por se calcar na possibilidade de exigir que isso se faça independentemente da vontade ou de ato da parte, porque da sua própria autonomia decorreu objetivamente, caracteriza-se por um *direito potestativo*<sup>57</sup>.

À luz da casuística aqui apresentada, o objeto da obrigação de declarar vontade (que é, ao fim e ao cabo, de *fazer*) é, pois, de natureza *constitutiva* de relação jurídica, operada pela conclusão de um negócio jurídico.

Os vínculos dessa natureza se caracterizam pela infungibilidade da obrigação assumida e justamente por isso exigem seja a execução promovida especificamente;

---

56. Esclarece Antônio Junqueira (*Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese de concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1986, grifos do original) que os negócios jurídicos firmados a partir de motivos objetivos (aqueles cuja motivação é obrigatória), podem ser distintos entre duas categorias: “Quando a motivação é obrigatória, sua razão de ser é dupla: obriga o *declarante* a se conscientizar da adequação de sua declaração às exigências do preceito, legal ou contratual, e facilita, para os *declaratórios*, o controle dessa mesma adequação [...]. Os negócios jurídicos, que supõem *motivos objetivos*, parecem ser de dois tipos: a) os que se fundamentam em direito potestativo; e b) os que são realizados em cumprimento de obrigação. Pode-se estabelecer um paralelismo entre eles e os atos discricionários e vinculados do direito administrativo e chamar os primeiros de *negócios jurídicos discricionários* e os últimos, de *negócios jurídicos vinculados*. Os negócios jurídicos, que supõem direito potestativo, não precisam ser realizados, não são obrigatórios, mas, se forem feitos, terão, em geral, que estar fundamentados em motivos fixados *a priori*. São atos unilaterais com justa causa. Os negócios jurídicos podem ter também, por motivo, uma obrigação; são negócios jurídicos vinculados. Podem ser: de adimplemento (*negócios jurídicos devidos*); ou de cumprimento de dever, que se concretiza em obrigação, segundo as circunstâncias (*negócios jurídicos obrigatórios*). Há inúmeros contratos que são realizados em cumprimento de obrigação [...]. Dentre eles, os contratos de compra e venda decorrentes de contratos de opção de compra anteriores. Satisfeitas as condições, o contrato deve ser realizado.”

57. A respeito, Santoro-Passarelli (*Dottrine Generali...*, cit., p. 73): “Il potere determinante è allo stato puro nel diritto potestativo, nome che sta esattamente ad indicare come il contenuto di questo diritto si esaurisca in una potestà: per effetto di un rapporto determinato, e perciò il fenomeno non può ricondursi alla libertà di volere del soggetto, il titolare può volere con effetto rispetto alla sfera giuridica del soggetto passivo, che non può e non deve fare nulla e soltanto soggiace alle conseguenze della dichiarazione di volontà.”

visto que, muitas vezes, substituí-la por perdas e danos não será suficiente para reparar o prejuízo que o inadimplemento pode causar.

Para solucionar a problemática que incorreria o Estado-Juiz em obter a declaração de vontade coercitiva do demandado, chegou-se à possibilidade de que a própria decisão judicial substituísse a declaração de vontade a ser declarada<sup>58</sup>, de maneira que, resguardadas as divergências sobre o tema, os efeitos da própria decisão judicial seriam de natureza constitutiva de uma situação antes inexistente, operando-se os efeitos do negócio jurídico pelo pronunciamento judicial substitutivo<sup>59</sup>.

Descumprida a obrigação e levado o conflito à jurisdição, a ação visará o suprimento da vontade, por “sentença de mérito que produza efeitos concretos, a saber, o mesmo efeito do contrato não concluído e da declaração de vontade não emitida”<sup>60</sup>.

---

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: *Temas de direito processual*. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 226-227.

59. Alerta Eduardo Talamini (*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 154) que a doutrina diverge sobre a natureza da sentença, se condenatória, executiva ou constitutiva, prevalecendo esta última, nessa linha, aliás, por todos: Giuseppe Chiovenda (*Principios de derecho procesal civil*. Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Reus, 1925. t. I, p. 215 e ss.); desenvolvendo as lições do autor italiano, Flávio Yarshell (*Tutela jurisdiccional*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 147-148) assevera que, destas, colhe-se a ideia de que “na invocação de uma sentença constitutiva, o direito à modificação de um estado jurídico tem caráter *potestativo*, vez que o novo estado jurídico dá-se pela mera declaração de vontade do titular, ou mediante verificação judicial”, o que se dá, aliás, independentemente de previsão típica para o suprimento da declaração de vontade (como ocorre nos contratos de promessa de compra e venda e oblação de contratos consumeristas, respetivamente previstos nos artigos 1.418 do CC e 48 do CDC, de modo que “todo e qualquer efeito autorizado ou admitido no plano do direito material pode, em tese, ser produzido por provimento jurisdiccional” e, em obra temática (*Tutela jurisdiccional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 110): “[...] o tema da tutela (‘execução’) específica nas obrigações de prestar declaração de vontade guarda estreita relação com o direito material. Isso porque se é certo, por um lado, que o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo e precisamente aquilo a que faz jus, por outro lado, não é menos certo que, antes de mais nada, é preciso saber qual a extensão do direito a ser atuado pelo processo (saber, inclusive, se tal direito existe).” Vide, ainda: Antonio Carlos Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (*Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 304-305).

60. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo. v. 41, p. 48, 1981.



A obrigação de concluir o contrato sujeita ao suprimento da declaração da vontade é análoga àquela dos contratos preliminares de opção de compra (*buy or sell*)<sup>61</sup> e, como tais, para que a declaração seja suprida, é indispensável que todos os elementos essenciais para o firmamento daquela obrigação já estejam pré-ajustados quando a parte se obrigou a declarar e se mostrem presentes quando da propositura da demanda.

A matéria, antes disciplinada nos arts. 466-A e 641 da Lei 5.869/1973 (CPC/1973), é, atualmente, tratada no art. 501 do CPC, que prevê: “Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

Ante a autoexecutoriedade do provimento jurisdicional e do risco de irreversibilidade de eventual decisão provisória, o Código salienta que todos os efeitos da declaração não emitida serão produzidos com o *trânsito em julgado*, ou seja, com o exaurimento da cognição<sup>62</sup>, o que, contudo, pode ensejar dificuldades à efetividade prática da medida<sup>63</sup>.

Ora, especialmente quando a declaração de vontade é indispensável para a operação de negócios relevantes à companhia (como no firmamento de empréstimos ou obrigações com fornecedores), parece indispensável cogitar da possibilidade da satisfação sumária dos efeitos da sentença substitutiva<sup>64</sup>, seja pelo perigo de

61. ESTEVEZ, André. *Contrato de opção de compra e venda de participação societária*. Função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 41-45. Identificado o inadimplemento da obrigação, depois de operadas as condições preestabelecidas, a decisão procedente, “substituiria os efeitos da declaração de vontade”, uma vez que “a natureza do direito potestativo garante plenos poderes à parte detentora da opção de promover por si só o resultado desejado” (FERREIRA, Mariana Martins-Costa. Reflexões sobre o regime jurídico do acordo de acionistas e seus mecanismos de cumprimento forçado. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2, p. 543). Sobre o tema, já há muito tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: REsp 5.406/SP, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 26.03.1991, DJ29.04.1991; REsp 306.012/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 10.09.2002, DJ 17.03.2003.

62. Para Daniel Assumpção a sentença “somente passará a gerar efeitos após o trânsito em julgado” (*Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 836). Em sintonia: Humberto Theodoro Júnior (*Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, item 776. E-book).

63. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica..., cit., p. 67.

64. Nessa mesma linha: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 612; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres...*, cit., p. 158-161.

perecimento, seja por se estar diante de escrupulosa demonstração probatória da obrigação à declaração de vontade.

Em sede de tutela de urgência, o pleito se destinará à antecipação dos efeitos da sentença, de molde a operar, desde logo, os efeitos da declaração de vontade substituída pelo provimento provisório.

Sob a perspectiva da probabilidade do direito, o Juízo haverá de avaliar com quais disciplinas estruturais está se deparando; na casuística apresentada, tratando-se de acordo de acionistas, envolvem-se o ordenamento propriamente societário, pela negociação parassocial, o ordenamento empresarial, por se atrelar a negócio jurídico relevante à atividade econômica, bem como ao do patrimônio especial, porque envolve solidariedade obrigacional entre sócio e companhia perante o credor garantido.

Como vetores interpretativos, deve-se recorrer à autonomia da vontade das partes ao assumirem as obrigações do acordo de acionistas, afinal, “as partes não estipulam contratos pelo mero prazer de trocarem declarações de vontade”<sup>65</sup>, e à preservação da empresa, garantindo seja efetivada a operação que as próprias partes previamente julgaram necessária à companhia.

Diante disso, o acervo probatório deve demonstrar a compatibilidade entre o inadimplemento declaratório e a obrigação que viria a se assumir, a ponto de ser possível aferir sumariamente, com segurança, o direito potestativo do demandante.

O perigo da demora, em sintonia com a própria essência da infungibilidade da execução específica, deve evidenciar que a solução indenizatória em perdas e danos não teria o condão de substituir devidamente a obrigação principal.

É razoável, ainda, que se exija caução (art. 300, § 1º, do CPC) para a concessão da medida, a fim de mitigar eventual risco de irreversibilidade ou até a justificação prévia do demandado.

Cabível, ainda, a tutela de evidência (art. 311, IV, do CPC). Ora, se pautada a demanda em acordo de acionistas que deu azo à obrigação de assumir obrigação ulterior e não havendo, pelo réu, exceção suficiente que demonstre fato impeditivo ou modificativo do direito potestativo a obter a declaração de vontade, não haveria razões para aguardar o trânsito em julgado.

Destarte, embora de maneira hipotética, mostra-se pertinente que, também nas demandas para obter declaração de vontade, as tutelas provisórias sejam

---

65. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho...*, cit., p. 223; FORGIONI. *Contratos empresariais – Teoria geral e aplicação*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 120.

consideradas viáveis, desde que sustentadas em provas robustas, em respeito ao princípio da intervenção mínima. Trata-se de exigência da dinâmica mercantil, figurando o poder jurisdicional como fator relevante para que as sociedades atuem devidamente no mercado.

## 6. CONCLUSÃO

A aplicação de tutelas provisórias nas demandas societárias carece de análise devida do seu sistema. É preciso identificar, com base nas disciplinas estruturais, quais temáticas estão sendo submetidas à jurisdição, se propriamente societárias, empresariais ou patrimoniais.

Ao compreender tais ordenamentos no caso concreto, pode-se, então, melhor identificar quais os princípios da sistemática societária latentes em conflito, o que permite ao Juízo melhor identificar quais as balizas interpretativas e integrativas que hão de ser consideradas, seja para mitigar riscos de irreversibilidade à parte contrária, ou o critério de suficiência da probabilidade e de perigo da demora para a concessão da medida.

Trata-se de concessão de tutela de urgência antecipada para inibir ilícito, garantir a fruição de direito pretendido ou acautelar a sociedade e seu patrimônio como bem jurídico tutelado, ou, ainda, diante de tamanha robustez das provas apresentadas, que a concessão dos efeitos pretendidos já se justifique por tutela de evidência, a cognição sumária, para bem garantir os princípios da cooperação, efetividade e o exercício do contraditório do processo (arts. 4º, 6º e 8º do CPC) e o cumprimento do dever de motivação (art. 489, § 1º, do CPC), deve ser exercida de acordo com o sistema em que operará seus efeitos.

Assim interpretando as tutelas provisórias em direito societário, permite-se concluir pela contribuição do presente estudo como indicativo dos parâmetros que devem ser seguidos pelos sujeitos do processo no momento de postular, instruir, decidir, executar ou recorrer a medidas que envolvam litígios societários, garantindo um processo dialógico.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2013. v. 2.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: ADAMEK, Marcelo Vieira von (Coord.). *Temas de*

*direito societário e empresarial contemporâneos – Liber Amicorum* Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *O abuso de minoria em direito societário (abuso das posições subjetivas minoritárias)*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [<http://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02082011-142051/pt-br.php>]. Acesso em: 05.05.2018.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Quorum, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*. Tese de concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1986.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória – Considerações gerais. In: *O novo Código de Processo Civil – Questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. para o espanhol A. Martin Perez. 2. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

BITENCOURT, Tiago; BELUCCI, Gustavo. *Standards probatórios e tutelas de urgência*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 2, p. 1288-1309, maio-ago. 2022.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CALAMANDREI, Piero. *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*. Roma: Roma TrE-Press, 2019. v. IX – Opere giuridiche.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Traducción española de la tercera edición italiana, prólogo y notas del Profesor José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925. t. I.

COELHO, Fábio Ulhoa. Provimento liminar em lide societária. In: PITTA, Andre Grünspun; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Direito societário e outros temas de direito empresarial aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 63, p. 76, 1986.

CORDEIRO, Antônio Menezes. A lealdade no direito das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 66, v. III, dez. 2006. Disponível em: [<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/>]. Acesso em: 20.06.2021.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Fungibilidade entre tutela de urgência e tutela de evidência – Intersecção entre processos sumários com função cautelar e decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, p. 141-169, ago. 2017.

- CORRÊA, Leonardo Oliveira Peres. *Teoria da cognição judicial no processo civil*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.
- DAVID, Tiago Bitencourt De; BELUCCI, Gustavo Henrique Pacheco. *Standards probatórios e tutelas de urgência*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 2, p. 1288-1309, maio-ago. 2022. Disponível em: [https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62633/42390]. Acesso em: 27.05.2023.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e patrimônios sociais, lucros e reservas. In: ABREU, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.). MAIA, Pedro; RAMOS, Maria Elisabete; MARTINS, Alexandre Soveral; DOMINGUES, Paulo de Tarso (autores). *Estudos de direito das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ESTEVEZ, André. *Contrato de opção de compra e venda de participação societária*. Função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- FERREIRA, Mariana Martins-Costa. Reflexões sobre o regime jurídico do acordo de acionistas e seus mecanismos de cumprimento forçado. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coords.). *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. v. 2.
- FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. Milano: Giuffrè, 2001.
- FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro*. Da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil: Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Orgs.). *Comentários à Lei de Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019*. E-book. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos empresariais – Teoria geral e aplicação*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *A sociedade em comum*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2014.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidades das deliberações de Assembleia das S/A. – e outros escritos sobre o tema da invalidade das deliberações sociais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano 47 (nova série), ns. 149/150, p. 108-130, jan.-dez. 2008.

- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; TANNOUS, Thiago Saddi. O acionista controlador tem o dever de sacrificar os próprios interesses em favor dos interesses da companhia, no contexto de uma relação contratual? In: BORBA, Gustavo Tavares; BORBA, Rodrigo Tavares; ALMEIDA, José Gabriel Assis de (Coords.). *Comissão de Valores Mobiliários – Precedentes comentados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Grupos econômicos sob controle estatal: conflito de interesses (a norma do artigo 238 da Lei das S.A. Aplicação. Limites)*. 1982. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.
- FRAZÃO, Ana. O STJ e a dissolução parcial de sociedade por ações fechadas. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXIX, n. 141, p. 9-18, abr. 2019.
- GALGANO, Francesco. La società per azioni. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. v. 7. Padova: Cedam, 1984.
- GIANNINI, Massimo Severo. Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia). Studi in onore di Luigi Rossi. Milano: Giuffrè, 1952, p. 195-229. Studio pubblicato anche in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951 (v. scheda n. 3/1951).
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Desligamento de sócio. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis (autores). CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de direito empresarial*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. 2. E-book.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 41, p. 40-68, 1981.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Sobre a interpretação do objeto social. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, ano XXIII (nova série), n. 54, p. 67-72, abr.-jun. 1984.
- HOPT, Klaus. Comparative corporate governance: The state of the art and international regulation. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, p. 1, jan. 2011, ECGI – Law Working Paper, n. 170, 25 fev. 2011. Disponível em SSRN: [<https://ssrn.com/abstract=1713750>].
- HUCK, Hermes Marcelo. Pactos societários leoninos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, p. 64-73, fev. 1999.
- JAEGER, Pier Giusto. *L'interesse sociale*. Milano: Giuffrè, 1972.
- LACERDA, Egberto; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 1.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



- LAUTENSCHLAGER, Nilson. Notas sobre “A história do princípio da maioria de Otto Friedrich von Gierke”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, Nova Série – ano LIII, ns. 166/167, p. 7-22, ago. 2013-jul. 2014.
- MANIÁCI, Arturo. Tutela delle minoranze e rimedi risarcitori nella nuova disciplina delle invalidità delle deliberazioni assembleari societarie. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 559-583, 2016. Disponível em: [<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1856/1228>]. Acesso em: 15.02.2021.
- MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*. 2. tir. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: [[http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf)]. Acesso em: 15.06.2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- MENDES NETO, João Paulo; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo; NORAT, Leonardo Costa. Regime jurídico tributário da sociedade anônima de futebol. In: SILVEIRA, Alexandre Coutinho da; MENDES NETO, João Paulo Mendes (Orgs.). *Revista de Direito Tributário da AATP*, Florianópolis, v. 2, p. 219-225, 2023.
- MORAIS, Helena Catarina Silva. *Acordos parassociais*. Coimbra: Almedina, 2014. *E-book*.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. In: *Temas de direito processual*. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NORAT, Leonardo Costa; GÖES, Gisele Santos Fernandes; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macêdo. Dissolução parcial da sociedade por exclusão de sócio e a contribuição dos negócios jurídicos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23, n. 3, set.-dez. 2022. Disponível em: [<https://publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/65680/43615>]. Acesso em: 21.02.2023.
- OPPO, Giorgio. *Contratti parassociali*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1942.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades. Validade da estipulação de que os membros do Conselho de Administração das controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, ano 5. n. 15, p. 226-248, jan.-mar. 2002.
- PEIXOTO, Ravi. Os *standards* probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15,



- v. 22, n. 2, p. 586-618, maio-ago. 2021. Disponível em: [<https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/59569/0>]. Acesso em: 15.01.2022.
- PELA, Juliana Krueger. *As golden shares no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- PELA, Juliana Krueger. O regime de responsabilidade dos sócios e a aplicação das regras das sociedades simples. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ns. 166/167, p. 35-44, 2014.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2014.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte geral*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Haical. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. I.
- ROSALEN, Volnei. Tempo não é evidência – Uma análise acerca do tempo processual como fundamento da tutela provisória baseada em evidência do artigo 311 do CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22. n. 3, p. 1125-1148. set.-dez. 2021. Disponível em: [<https://epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/47921/39124>]. Acesso em: 21.02.2023.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário – Eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli: Jovene, 2012.
- SPINELLI, Luis Felipe. *Administração das sociedades anônimas – Lealdade e conflito de interesses*. São Paulo: Almedina, 2020.
- SPINELLI, Luis Felipe; SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo. *Intervenção judicial na administração de sociedades*. São Paulo: Almedina, 2019.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- TANTINI, Giovanni. *Capitale e patrimonio nella società per azioni*. Padova: Cedam, 1980.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1. E-book.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WIEDEMANN, Herbert. Excerto do “direito societário I – Fundamentos”. Trad. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 143/66, p. 13, 2006.
- WIEDEMANN, Hebert. O pequeno acionista é acionista? Trad. de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Bruno Di Dotto do original *Ist der kleinaktionär kein aktionär*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*,

São Paulo, ano 55 (nova série), ns. 170/171, ago. 2015-jul. 2016. Disponível em: [https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2019/11/RDM\_170-171-FINAL-1-21-36.pdf]. Acesso em: 03.09.2021.

WIEDEMANN, Herbert. Vínculos de lealdade e regra de substancialidade: uma comparação de sistemas. Trad. Otto Carlos Vieira Ritter von Adamek. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 157, 2011. Disponível em: [https://revistas.usp.br/rdm/article/view/192687]. Acesso em: 20.11.2021.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

## 8. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. STJ, REsp 5.406/SP, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 26.03.1991, DJ 29.04.1991.

BRASIL. STJ, REsp 306.012/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 10.09.2002, DJ 17.03.2003.

BRASIL. TJPR, AI 0009626-90.2021.8.16.0000, 18ª Câm. Cív., rel. Juiz de Direito Substituto em segundo grau Luiz Henrique Miranda, j. 10.05.2021.

BRASIL. TJSP, AI 0025877-25.2012.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Pereira Calças, j. 18.09.2012.

BRASIL. TJSP, AI 2104895-12.2022.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Azuma Nishi, j. 10.05.2023.

## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Societário

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Coisa julgada e efeitos da sentença na ação de impugnação de deliberação societária, de Eduardo Talamini – *RePro* 317/267-301;
- Lacunas no sistema de resolução acelerada de disputas societárias – diagnóstico e sugestões, de Daniel Calhman de Miranda – *RevM&A* 5; e
- Legitimidade e interesse nas ações de impugnação de deliberações societárias, de Eduardo Talamini – *RePro* 313/245-285.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

**Direito Jurisprudencial –  
Precedentes Vinculantes,  
Jurisprudência Dominante,  
Súmulas e Temas Afins**

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# MODELOS DECISÓRIOS NA ATUAÇÃO ESTRUTURAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO DISCURSO CRÍTICA NA ADPF 635

*DECISION-MAKING MODELS IN THE STRUCTURAL  
PERFORMANCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT:  
A CRITICAL DISCOURSE ANALYSIS IN ADPF 635*

**ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA**

Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Administrativo pela PUC-Minas. Professora de Direito Financeiro do Curso CPJURIS. Coordenadora do Curso de Direito da *Unichristus* (Campus Parquelândia). Integrante do grupo de pesquisa "Serviços Públicos e Condições de Efetividade" e Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (Nupid). Advogada. [isabellycysne@gmail.com](mailto:isabellycysne@gmail.com)

**EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA**

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (Lapedi) e do Programa de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH). [eduardacunhaf@gmail.com](mailto:eduardacunhaf@gmail.com)

**FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA**

Pós-doutorado no *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* – Hamburg. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na *Bucerius Law School* – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. Professora Permanente da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), vinculada à linha de pesquisa "Justiça e Direitos Humanos na América Latina". Coordenadora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da UFPE. Coordenadora do Projeto Litigantes do Futuro, vinculado ao Programa de Extensão "Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos – aSIDH". [flavianne@gmail.com](mailto:flavianne@gmail.com)

Recebido em: 01.07.2024

Aprovado em: 16.08.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Constitucional; Direitos Humanos; Internacional

**RESUMO:** O presente artigo tem o intuito de averiguar qual o modelo decisório utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 635, também conhecida como "ADPF das favelas". Nesse sentido, são apresentados os

**ABSTRACT:** This article aims to investigate the decision-making model used by the Brazilian Supreme Court in ADPF 635, also known as "ADPF das favelas". In this sense, the deferential, shared and self-referenced

modelos deferente, compartilhado e autorreferencial. O artigo utiliza a Análise do Discurso Crítica, alternativa teórico-metodológica criada por Norman Fairclough, que tem como foco o estudo e o reconhecimento do discurso enquanto elemento irreduzível da vida social, objetivando desvelar, a partir dos recursos textuais, os embates relacionados à manutenção ou à transformação das relações de poder. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal adotou, inicialmente, o modelo deferente de decisão judicial na ADPF 635, partindo, posteriormente, para o modelo compartilhado, oportunidade na qual adotou a postura do ativismo dialógico. Decisões dialógicas são mais interessantes no enfrentamento de demandas envolvendo litígios estruturais pois estes envolvem, usualmente, a implementação ou ajuste de políticas públicas, adentrando em questões orçamentárias e operacionais tipicamente atribuídas às instâncias políticas. Esse tipo de intervenção, entretanto, ainda que no modelo compartilhado, deve ser pontual, tendo em vista a possibilidade de haver um desgaste institucional do Supremo Tribunal Federal, que na agenda brasileira não desempenha somente a função de Corte Constitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** ADPF 635 – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Direitos fundamentais – Processos estruturais – Supremo Tribunal Federal.

models are presented. To this end, the article uses Critical Discourse Analysis, a theoretical-methodological alternative created by Norman Fairclough, which focuses on the study and recognition of discourse as an irreducible element of social life, aiming to unveil textual resources that are capable of contributing for the maintenance or transformation of power relations. It is concluded that the Brazilian Supreme Court initially adopted the deferential model of judicial decision in ADPF 635, later moving on to the shared model, an opportunity in which the dialogical activism was adopted. Dialogical decisions are more interesting when facing demands involving structural disputes as these usually involve the implementation or adjustment of public policies, delving into budgetary and operational issues typically attributed to political bodies. This type of intervention, however, even in the shared model, must be punctual, given the possibility of institutional wear of the Brazilian Supreme Court, which on the Brazilian agenda does not only play the role of Constitutional Court.

**KEYWORDS:** ADPF 635 – Inter-American Court of Human Rights – Fundamental rights – Structural processes – Brazilian Supreme Court.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Litígios, ações e processos estruturais: a importância da delimitação dos conceitos. 3. O contexto exógeno da ADPF 635: do ajuizamento ao julgamento. 4. Análise do discurso crítico da ADPF 635: o modelo decisório adotado pelo STF. 5. Conclusão. 6. Referências. 7. Jurisprudência.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde 2015, com o ajuizamento da ADPF 347 e a menção à possibilidade de declaração de um “Estado de Coisas Inconstitucional”, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a enfrentar diversas ações intituladas “estruturais”.

Ações estruturais são aquelas que visam mitigar ou erradicar um litígio estrutural que provoca violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais na realidade social, atingindo, com maior intensidade, as camadas economicamente vulneráveis da população. Nesse sentido, podem ser citadas ações como: a ADPF 635 (que versa sobre a situação de violência nas favelas do Rio de Janeiro), a ADPF 709 (que envolvia a questão da saúde de povos indígenas durante a pandemia da Covid-19 e discute, também, a temática da desintrusão de algumas dessas terras), a ADPF 976 (que versa sobre as pessoas que vivem em situação de rua) e tantas outras,

que demonstram o fato de que o Tribunal está, cada vez mais, envolvido com demandas desse cariz, cujas pautas, usualmente, são contramajoritárias.

O STF, dessa forma, aparece frequentemente enquanto *locus* estratégico para a reivindicação de demandas que não são espontaneamente atendidas nos canais políticos, funcionando, não raramente, enquanto a última alternativa de grupos vulneráveis.

No processo de tomada de decisão acerca de demandas estruturais, entende-se que o Poder Judiciário como um todo, e o Supremo Tribunal Federal de forma mais específica, pode utilizar três tipos de modelos decisórios: o deferente, o compartilhado e o autorreferenciado<sup>1</sup>.

O presente artigo tem o objetivo central de delimitar qual o tipo de modelo decisório utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 635, comumente conhecida como “ADPF das favelas”. Para tanto, utilizará a Análise do Discurso Crítica, alternativa teórico-metodológica criada por Norman Fairclough, que tem como foco o estudo e o reconhecimento do discurso enquanto elemento irreduzível da vida social, para que a partir da análise do texto, as disputas de poder e de sentido, até então subjacentes, se revelam, viabilizando que o leitor identifique os sentidos efetivamente atribuídos pela instituição.

Assim, a aplicação da metodologia da Análise do Discurso sobre os votos produzidos na ADPF 635 permite compreender como se deu a relação entre os diferentes elementos componentes do processo judicial (sociedade civil, Ministros, órgãos técnicos, representações produzidas em audiências públicas etc.), colocando em evidência como as relações de poder entre esses diferentes atores se consolidaram nos posicionamentos judiciais<sup>2</sup>, demonstrando, por meio do discurso adotado, as divergências e alinhamentos entre os Ministros, até se chegar ao resultado definitivo da ação.

A utilização desse recurso permite, inclusive, identificar, que por vezes as instituições utilizam determinadas expressões de forma atécnica e com significância distinta do que é difundido nos ambientes acadêmicos. Por isso, a utilização da

1. Esses modelos são trabalhados na obra de: FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Processos estruturais no Sul Global: a transformação de realidades inconstitucionais por meio dos diálogos institucionais*. Londrina: Thoth, 2024.
2. RICHARD, Brilliant; NWIZUG, Sumenenu Suzi. A Critical Discourse Analysis of Courtroom Proceedings in Nigeria. *Afrrev Ijah: An International Journal of Arts and Humanities*, [S.L.], v. 6, n. 4, p. 93-102, 12.12.2017. African Journals Online (AJOL). [<http://dx.doi.org/10.4314/ijah.v6i4.8>].



Análise do Discurso contribui para compreender como as instituições trabalham, no dia a dia, determinados aspectos, bem como identifica como as relações de poder se materializam, destacando a ideologia preponderante por trás das manifestações judiciais.

Quanto à estrutura, o trabalho será dividido em três partes. Inicialmente, serão abordadas nomenclaturas essenciais para delimitar a temática das demandas estruturais, quais sejam: os conceitos de litígios, ações e processos estruturais. Objetiva-se, com este tópico, delimitar os conceitos que serão trabalhados ao longo do texto para melhor esclarecimento do leitor, tendo em vista que a temática, por ser recente, ainda enfrenta algumas indeterminações semânticas e, sobretudo, uma pluralidade de ideias no que concerne a seus conceitos essenciais.

Posteriormente, será analisado o papel das Cortes Supremas e Constitucionais durante o período da pandemia da Covid-19, dando um enfoque maior na atuação do Supremo Tribunal Federal, oportunidade na qual serão apresentados, ainda, os modelos deferentes, compartilhado e autorreferenciado. Aborda-se, ademais, a condenação brasileira no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, tendo em vista sua importância no que concerne à discussão acerca da nefasta realidade envolvendo a violência policial. O segundo tópico faz-se relevante para que seja possível compreender o contexto exógeno da ADPF 635, bem como para investigar se houve uma oscilação do comportamento do Tribunal durante o período de crise desencadeado pela pandemia, que atingiu diversos âmbitos além da questão sanitária e de saúde.

Por fim, a última parte do trabalho realizará uma análise crítica do discurso da ADPF 635, averiguando que marcas no discurso do Tribunal são capazes de delimitar o(s) modelo(s) decisório(s) por ele adotado(s).

Acredita-se que a divisão estabelecida seja capaz de propiciar ao leitor uma visão geral acerca da temática dos litígios, ações e processos estruturais, da ADPF 635, da atuação do STF durante do período da pandemia e, por fim, da importância de sua atuação no que concerne à mitigação/erradicação desses litígios.

## 2. LITÍGIOS, AÇÕES E PROCESSOS ESTRUTURAIS: A IMPORTÂNCIA DA DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS

Os estudos acerca dos litígios e processos estruturais tiveram início, no Brasil, entre os anos de 2011 e 2013<sup>3</sup>, tendo um aumento em 2015, após o ajuizamento da

---

3. São obras pioneiras na temática: ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. *Revista de processo*, p. 389-410, 2013; BAUERMANN, Desirê. *Formas de obtenção do cumprimento das decisões que determinam um fazer ou não fazer*:

ADPF 347<sup>4</sup>, que versava sobre as condições degradantes do cárcere brasileiro e requiritava o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, de um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI).

A utilização do termo “ECI” pode estar atrelada a duas hipóteses: 1) ao reconhecimento de que existe um estado de desconformidade com a Constituição, que necessita, ainda, que determinados requisitos sejam verificados para que fique configurado o quadro de um “Estado de Coisas Inconstitucional”<sup>5</sup>; 2) a uma técnica decisória que demanda uma maior proatividade dos juízes constitucionais, a fim de que estes exerçam um papel catalisador na transformação social pretendida, buscando, para tanto, a atuação coordenada entre os três Poderes<sup>6</sup>.

Nesse sentido, antes de apresentar a experiência brasileira, faz-se importante realizar uma distinção entre litígios, ações e processos estruturais. A distinção entre conceitos é essencial para compreender que um litígio estrutural nem sempre é resolvido no âmbito judicial (e é preferível que não seja)<sup>7</sup>, que nem toda ação estrutural

---

estudo do sistema norte-americano e sua adoção pelo sistema brasileiro. 205f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2011. Disponível em: [<https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/41466/1/Tese%20-%20vers%c3%a3o%20final.pdf>]. Acesso em: 31.06.2024; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, 2015.

4. SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação*. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023. p. 12.
5. Sobre os critérios de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional e suas implicações no Brasil, ver: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivm, 2016.
6. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 342, ano 48, ago. 2023. Disponível em: [<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89ad45000019320e21b481466b2c1&docguid=Ie30c1560213411eea2f6af6d65152fbb&hitguid=Ie30c1560213411eea2f6af6d65152fbb&spos=1&epos=1&td=1&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>]. Acesso em: 01.02.2024. p. 367.
7. Um exemplo nesse sentido foi abordado no trabalho de: JOBIM, Marco. A atuação estrutural do Ministério Público do Trabalho no caso das vinícolas da Serra Gaúcha. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2024. p. 1055-1066.

se transforma em um processo estrutural e que processos estruturais dependem de dois fatores principais.

Litígios estruturais são “situações reais que provocam, usualmente, a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais”<sup>8</sup>. Esses litígios possuem características próprias, a exemplo da complexidade, policentria, imbricação de direitos e prospectividade, demandando, usualmente, a reestruturação ou a implementação de uma política pública para que sejam mitigados ou erradicados.

A ideia de complexidade não diz respeito a problemas de difícil solução ou de difícil compreensão<sup>9</sup>, mas sim ao fato de que litígios estruturais implicam situações de incertezas no que concerne à forma como o litígio será mitigado ou erradicado. Em outras palavras: existe uma miríade de opções possíveis no que concerne à superação do litígio, mas é incerto qual delas logrará maior êxito.

A policentria, segundo Vitorelli<sup>10</sup>, diz respeito à existência de vários centros de interesse juridicamente protegidos no mesmo conflito. Desse modo, “(...) os interesses dos diversos subgrupos não podem ser enquadrados nas singelas categorias de autor e réu. Há zonas de interesses que se sobrepõem parcialmente, mas também se opõem em determinados contextos.”<sup>11</sup>

A prospectividade, segundo Ferraro, diz respeito ao fato de que, para superar o litígio estrutural em questão, é necessário pensar em uma solução voltada para o futuro, buscando evitar que a violação de direitos, já prolongada, continue a acontecer<sup>12</sup>. Esse tipo de litígio, portanto, demanda que a lógica da culpabilização – frequentemente presente no processo civil tradicional<sup>13</sup> – seja afastada, tendo em vista

- 
8. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Londrina: Thoth, 2024. p. 16.
  9. Conforme apontam Arenhart, Osna e Jobim. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 65.
  10. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 57.
  11. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 57.
  12. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 23.
  13. Ou “bipolar”, conforme aponta Ferraro. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, 2015.

que o eixo de abordagem não é retributivo, mas sim, corretivo e distributivo<sup>14</sup>. Ações estruturais, por sua vez, são aquelas que denunciam a existência de litígios estruturais e que têm pedidos estruturais. Uma ação estrutural, segundo França<sup>15</sup>, só se torna um processo estrutural a partir de duas condições: 1) do reconhecimento do magistrado de seu caráter estrutural; 2) da prolação de medidas de cunho estrutural.

Processos estruturais, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm por objeto uma falha crônica que diz respeito ao funcionamento das instituições estatais, provocando ou perpetuando violações a direitos fundamentais. Para que logre êxito, esse tipo de processo demanda, usualmente, a reformulação de políticas públicas<sup>16</sup>.

Segundo o Tribunal, possuem uma solução bifásica, dialógica e flexível. Desse modo, inicialmente, existe uma etapa cujo objetivo é o reconhecimento do estado de desconformidade constitucional e dos fins a serem alcançados; a segunda etapa, por sua vez, envolve o detalhamento das medidas, homologação e monitoramento da execução da decisão<sup>17</sup>. Por fim, a imbricação de direitos diz respeito ao fato de que a identificação de um litígio estrutural nunca denuncia a transgressão de apenas um direito fundamental, mas, ao revés, demonstra a existência de uma violação a diversos direitos fundamentais, ainda que em caráter secundário<sup>18</sup>.

No que concerne ao conceito de medidas estruturais, estas podem ser compreendidas como aquelas que visam efetivar os escopos do processo estrutural, transformando um estado de coisas “A”, violador de direitos fundamentais, em um estado de coisas “B”, no qual esses direitos são assegurados. As medidas estruturais, portanto, precisam ser flexíveis, a fim de que, caso necessário, sejam modificadas e ajustadas

- 
14. FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 23.
  15. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos...* cit., p. 16.
  16. Essas características foram apresentadas pelo Tribunal na decisão de mérito da ADPF 347. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 2015. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>]. Acesso em: 31.07.2024.
  17. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 2015. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>]. Acesso em: 31.07.2024.
  18. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Londrina: Thoth, 2024. p. 64.

às reais necessidades do caso concreto. Essa flexibilidade é necessária, pois a efetivação de direitos fundamentais, usualmente, envolve o reajuste ou a implementação de políticas públicas, de modo que as demandas em seu ciclo podem variar e necessitam, até que um resultado satisfatório<sup>19</sup> seja encontrado, de um alto grau de experimentalismo<sup>20</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, atualmente, enfrenta graves litígios estruturais que chegaram por meio de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e se desenvolveram em processos estruturais, a exemplo da ADPF 709 (que tratava da situação de vulnerabilidade de povos indígenas no que concerne ao direito à saúde, agravada na pandemia da Covid-19) e ADPF 635 (que denunciava a alta letalidade policial nas favelas do Rio de Janeiro)<sup>21</sup>.

Especificamente com relação às ADPFs anteriormente citadas, tem-se que elas compartilham algo em comum: ambas foram julgadas em um dos períodos mais críticos sob os pontos de vista social, econômico, político e institucional: a pandemia de Covid-19. Há, entretanto, um elemento relevante que as distancia: a data de protocolo da ação no Supremo Tribunal Federal. Assim, diferentemente da ADPF 709, a qual fora ajuizada em 01 de julho de 2020, quando a pandemia já estava em curso no país, a ADPF 635 fora ajuizada em 20 de novembro de 2019, quando a pandemia ainda não era uma realidade no Brasil, tendo, entretanto, sido julgada, em sede de cautelar, em 03 de fevereiro de 2022, sofrendo inegáveis interferências do contexto pandêmico, conforme se verá no tópico seguinte.

Nesse sentido, a escolha para realização da análise do discurso crítica do acórdão da ADPF 635 se justifica pelo fato desta ação ter sido ajuizada em um contexto independente da pandemia, trazendo dados e justificativas que sequer mencionam essa

- 
19. Nesse sentido, Vitorelli destaca que o “êxito” em um processo estrutural é sempre relativo, tendo em vista que direitos sociais, os quais estão frequentemente implicados nesse tipo de processo, são satisfeitos progressivamente, sendo complexo que se possa chegar a um momento de satisfação ótima. Assim, a análise dos sucessos e fracassos do processo estrutural, para o autor, lembra do dilema do copo meio cheio ou meio vazio: se o observador quiser destacar o êxito do processo, poderá fazê-lo; se, ao revés, quiser destacar seus pontos negativos, também encontrará fundamentos. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 342.
  20. A ideia de experimentalismo foi trabalhada por: SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: How public law litigation succeeds*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
  21. A realidade brasileira desvela o abismo entre as promessas constitucionais e a realidade social. Sobre a temática, ver capítulo 5 do livro: NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Peças e engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013.

situação, mas sofreu profundas influências do contexto exógeno no momento de julgamento, o que permite avaliar os seguintes aspectos: qual modelo decisório ponderou no julgamento da ADPF 635? Como o contexto exógeno influenciou no posicionamento do Tribunal? A partir das discussões trazidas no acórdão da ADPF 635, é possível falar no desenvolvimento de uma jurisprudência da crise? o modelo decisório adotado foi o mais adequado diante dos pedidos estruturais formulados na ADPF 635? Teria o STF se portado estrategicamente?

Objetivando dar início à apresentação de possíveis respostas aos questionamentos anteriormente indicados, apresentar-se-á no tópico subsequente o contexto que motivou o ajuizamento da ação, bem como as circunstâncias sociais existentes no momento do julgamento da ADPF 635, evidenciando as distinções entre esses momentos.

### 3. O CONTEXTO EXÓGENO DA ADPF 635: DO AJUIZAMENTO AO JULGAMENTO

A ADPF 635 foi ajuizada em novembro de 2019 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) visando à tomada de medidas para a redução da letalidade pelas forças de segurança fluminenses, por meio da elaboração de um plano de ação, a ser formulado conjuntamente, com a convocação de audiência pública, contando com a presença dos diversos órgãos do sistema de justiça e da própria sociedade civil.

A petição inicial da referida ADPF apresenta relatos e situações fáticas, os quais põe em evidência a existência de um cenário de insegurança pública causada pela atuação policial nas comunidades do Rio de Janeiro, evidenciando o mau funcionamento da própria política pública de segurança.

Sobre esse ponto convém destacar que antes do ajuizamento da ADPF 635, em 2017, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*, já havia se posicionado sobre o tema, condenando o Estado brasileiro a uma série de medidas reparatórias, algumas delas caracterizadas como estruturais<sup>22</sup> (ou seja, medidas cujo foco era modificar o estado de coisas violador de direitos para transformá-lo em um estado de coisas no qual esses direitos são garantidos). O Estado, entretanto, não conferiu cumprimento a grande parte dessas determinações, fato que foi pontuado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 635: “O objetivo desta arguição de descumprimento de

22. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; PEDROSA, Tomás Araújo; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Violações estruturais no sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma análise a partir do caso favela Nova Brasília vs. Brasil*. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 21, n. 37, 27.02.2023. p. 1.



preceito fundamental é o de promover o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, elaborando um plano para a redução da letalidade policial.”<sup>23</sup>

A sentença que condenou o Brasil no caso Favela Nova Brasília é de 16 de fevereiro de 2017. A condenação ocorreu em razão de duas incursões policiais em favelas do Rio de Janeiro<sup>24</sup>. A primeira ocorreu em 18 de outubro de 1994, tendo provocado a violação da integridade sexual de três mulheres adolescentes e a morte de 13 homens, entre os quais quatro, na época, eram crianças. A segunda ocorreu em 8 de maio de 1995 e provocou, também, o homicídio de 13 homens<sup>25</sup>.

Entre as medidas estabelecidas pela Corte IDH, estava a condução das atividades de investigação de forma exaustiva e efetiva, com a previsão de medidas concretas de compensação às vítimas, inclusive com a disponibilização de tratamento psicológico e psiquiátrico<sup>26</sup>. Ademais, a Corte estabeleceu que o Estado do Rio de Janeiro deveria prever metas e políticas públicas com o objetivo de reduzir os índices de letalidade da violência policial, sem que fossem determinados, todavia, parâmetros para a sua implementação e análise. Em outras palavras, a Corte previu, genericamente, medidas de controle, mas não sinalizou os meios pelos quais esse controle seria realizado.

Se, em uma primeira análise, pode parecer que a falta de critérios objetivos para a fiscalização do cumprimento das determinações da Corte IDH, associado com o não estabelecimento de parâmetros e prazos para a supervisão na tomada de tais medidas, fez com que o caso Favela Nova Brasília não contribuisse efetivamente na melhoria da prestação da política pública de segurança, o que se percebe, em verdade, é que a contribuição da discussão, inaugurada na Corte Interamericana, é inquestionável, sobretudo se for levado em consideração que a existência da discussão retirou uma parcela considerável do ônus argumentativo da ADPF 635, uma vez que

---

23. BRASHL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, Rio de Janeiro, Brasília, 03.02.2022. p. 32.

24. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentença de mérito, reparações e custas de 16 de fevereiro de 2017. San José, Costa Rica, 2017. p. 3.

25. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentença de mérito, reparações e custas de 16 de fevereiro de 2017. San José, Costa Rica, 2017. p. 3.

26. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentença de mérito, reparações e custas de 16 de fevereiro de 2017. San José, Costa Rica, 2017. p. 70.



todos os seus argumentos centrais já eram comprovados pela condenação brasileira na Corte IDH<sup>27</sup>.

Durante o avanço no que concerne ao andamento da ADPF em questão, houve a realização de audiência pública, a qual ocorreu nos dias 16 e 19 de abril de 2021, requerida pelo partido político proponente. Na oportunidade, restou consignado que as sessões foram realizadas pela plataforma Zoom, haja vista o quadro pandêmico já instaurado no país.

Em 18 de agosto de 2020 adveio a decisão cautelar, quando se reconheceu a omissão estrutural do Poder Público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial, cumprindo, indiscutivelmente, um dos primeiros requisitos para que um processo seja tido como estrutural: o reconhecimento judicial de que a demanda é estrutural, de modo que esta possa ser tratada processualmente como tal. Nesse sentido, o Ministro Relator, Edson Fachin, estabelece que:

“A petição inicial atende aos requisitos legais e constitucionais. A omissão apontada pela inicial é estrutural e tem como referência não apenas a ausência de um plano de enfrentamento da letalidade policial, mas também um déficit da atuação do Ministério Público, o qual nem sempre instaura a competente investigação penal.”<sup>28</sup>

Reconhecida a natureza estrutural da demanda em curso, passa-se à apreciação dos pedidos, realizados em sede liminar. Na oportunidade, foi indeferida a solicitação para a elaboração de um plano de ação pelo Estado do Rio de Janeiro, deferindo-se medidas pontuais, sem maiores impactos na organização da política pública, como: restringir a utilização de helicópteros nas operações policiais apenas nos casos de observância da estrita necessidade; determinar que o Estado do Rio de Janeiro orientasse seus agentes de segurança e profissionais de saúde a preservar todos os vestígios de crimes cometidos em operações policiais; determinar aos órgãos de polícia técnico-científica do Estado do Rio de Janeiro que documentassem, por meio de fotografias, as provas periciais produzidas em investigações de crimes contra a vida; a fixação de diretrizes no caso de operações a serem realizadas nas proximidades de escolas e hospitais<sup>29</sup>. Essas medidas, mais pontuais e de intervenção

27. OSMO, Carla; FANTI, Fabiola. “ADPF das Favelas”: Legal mobilization in the intersection between police violence and racism. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, 2021. p. 2130.

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Rio de Janeiro. Brasília, 18.08.2020. p. 68.

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro.

contida na reorganização da política pública perpassam pelo embate entre análise técnica e os relatos de experiência configurados na audiência pública realizada na ADPF 635.<sup>30</sup>

O Relator justificou o indeferimento do pedido para formulação do plano de ação, em sede de liminar, com base nas motivações a seguir:

“O reconhecimento da omissão, a declaração da mora e a atribuição de responsabilidade ao Estado do Rio de Janeiro suscitam dúvidas, ao menos no atual momento processual, sobre a utilidade do provimento cautelar que se limite a expedir novo comando. As consequências e as responsabilidades jurídicas que emergem do descumprimento de uma sentença da Corte Interamericana em nada se distinguem do descumprimento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a superação normativa de uma omissão inconstitucional, como se dá in casu, não é providência a ser solvida em sede de cautelar, nos termos do art. 12-F, § 1º, da Lei 9.868, de 1999. Afora o impedimento legal, a eventual elaboração de um plano deve contar com colaboração de órgãos que não foram ouvidos em sede de cautelar, em particular o Conselho Nacional de Direitos Humanos, entidade nacional que se amolda aos Princípios de Paris sobre o Status das Instituições Nacionais de Proteção da Pessoa Humana.”<sup>31</sup>

O trecho anteriormente destacado põe em evidência duas importantes questões: 1) à época do julgamento dos pedidos liminares da ADPF 635, o estado do Rio de Janeiro já havia sido condenado pela Corte Interamericana, em 2017, quando do julgamento do caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”, a qual fixou a necessidade de elaboração de um plano de reconfiguração na atuação do Poder Executivo no que diz respeito à fiscalização da atuação da atividade policial, com a consequente redução dos níveis de letalidade policial; 2) apesar da audiência pública já ter sido realizada, o Relator considerou que alguns órgãos importantes à estruturação do plano de ação ainda não tinham sido ouvidos no bojo da ADPF 635 e, por isso, deferiu intervenções meramente pontuais<sup>32</sup>.

- 
30. GOMES, José Clayton Murilo Cavalcanti. “*Eu paguei ao estado a bala que matou o meu filho*”: gênero, raça e processos de Estado na audiência pública da ADPF 635. 2021. 66 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2021.
  31. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro... cit., p. 74.
  32. COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*... cit.

O posicionamento do Relator não foi unanimemente acolhido, havendo divergência entre os Ministros, como pode se observar a partir do posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. No tocante à divergência, restou sinalizada a recomendação de que:

“o Supremo Tribunal Federal reconheça publicamente a inadmissibilidade do status quo, e que demande um plano de atuação embasado em evidências e nas diversas recomendações internacionais citadas pelos eminente Relator, devendo revisar o plano apresentado periodicamente, à luz de avaliações transparentes dos avanços obtidos, em busca de consensos e da edição de regras provisórias, que devem ser aprimoradas quando seus resultados forem insatisfatórios.

De mais a mais, o reforço jurisdicional representado pela adição da determinação do Supremo Tribunal Federal à ordem já emanada da Corte Interamericana parece-me inequívoco, razão pela qual insisto na pertinência do pedido.”<sup>33</sup>

Nesse sentido, sob a perspectiva da divergência, tem-se que justamente por estar violando uma sentença da Corte Interamericana, desde 2017, o Tribunal poderia adotar uma estratégia mais enfática no que concerne à elaboração do plano de atuação. A divergência suscitou, portanto, o posicionamento pela elaboração de um plano de ação, ainda na deliberação cautelar, aproximando a ADPF 635 do arquétipo “compartilhado”<sup>34</sup> de decisões estruturais, em que o Judiciário está presente de modo proativo no que concerne à proteção dos direitos fundamentais que estão sendo violados no caso estrutural mas, ao mesmo tempo, está ciente da necessidade de realizar concessões para engajar-se em um processo dialógico e com os demais Poderes e atores envolvidos<sup>35</sup>.

Entretanto, apesar da visão inaugurada pela divergência, a decisão liminar decidiu pela fixação de medidas pontuais e sem maiores intervenções na política pública, realizando, em um primeiro momento, uma intervenção mais superficial,

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro... cit., p. 159.

34. O modelo compartilhado pressupõe a presença do ativismo dialógico. Sobre a temática: “O ativismo dialógico (...) ocorre quando o Poder Judiciário assume uma postura proativa e, ao mesmo, dialógica. Desse modo, quando provocado para atuar, por exemplo, em falhas sistêmicas que revelam violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais, os juízes, ao invés de assumirem uma postura deferente às instâncias políticas, buscam engajá-las em um diálogo institucional a fim de que o problema em questão seja resolvido da forma mais efetiva possível, uma vez que cada instituição estará contribuindo com sua expertise” FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Processos estruturais no Sul Global: a transformação de realidades inconstitucionais por meio dos diálogos institucionais...* cit., p.142.

35. Idem.

aproximando-se do modelo deferente<sup>36</sup>. O modelo deferente ocorre quando o Poder Judiciário intervém de forma menos proativa em violações massivas e reiteradas a direitos fundamentais em casos estruturais. Permite, desse modo, que as instâncias políticas tenham maior discricionariedade na forma e até mesmo nos prazos de atuação.

Um ponto importante nesse sentido é que uma decisão judicial em um caso estrutural pode, inicialmente, apresentar características do modelo deferente e, posteriormente, migrar para o modelo compartilhado ou até mesmo para um modelo mais autorreferenciado, no sentido de que os magistrados tomarão decisões mais detalhadas e darão menos espaço e discricionariedade de atuação aos demais atores envolvidos<sup>37</sup>.

Apesar da medida liminar ter sido mais limitada nas políticas de intervenção, deve-se considerar que em 05 de junho de 2020, o Tribunal, por maioria referendou a medida cautelar, fixando que não deveriam ser realizadas operações policiais, nas comunidades do Rio de Janeiro, durante a pandemia de Covid-19 e que nas circunstâncias em que a realização dessas intervenções fosse inescapável, os policiais deveriam estar cuidadosamente paramentados, para não expor a população a riscos de contaminação<sup>38</sup>.

Em 03 de fevereiro de 2022, ou seja, cerca de dois anos após o deferimento dos pedidos cautelares, mas quando a crise pandêmica ainda produzia reflexos no Brasil, houve o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo partido autor, em face da concessão parcial dos pedidos cautelares, o que se tornou ainda mais urgente após a “Chacina do Jacarezinho”, em que cerca de 29 pessoas foram mortas após a realização de uma ocupação policial, realizada em maio de 2021, quando as medidas cautelares para contenção de intervenções policiais, enquanto perdurasse o estado de pandemia, já haviam sido deferidas. Por isso, torna-se relevante considerar as possíveis interferências do contexto exógeno no posicionamento do Tribunal, haja vista que tanto o pronunciamento cautelar quanto o definitivo foram produzidos à luz desse cenário.

Durante a pandemia da Covid-19, as Cortes, mundialmente, modificaram suas formas de atuação e de deliberação, causando variações nas respostas oferecidas, o que levou Ginsburg e Versteeg<sup>39</sup> a dividirem a atuação do Judiciário em três grandes

36. Ibidem, p. 123.

37. Idem.

38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635 Rio de Janeiro... cit.

39. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 52, 2020. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974]. Acesso em: 01.11.2023.

blocos, quais sejam: 1) insistiram na observância ao procedimento para invocação de emergência, a fim de que não houvesse a banalização da instituição de Estado de Emergência, em que determinados direitos ficam sujeitos a limitações; 2) envolveram-se com a possibilidade de restrição de direitos, buscando evitar que limitações desmedidas viessem a ser realizadas; e, 3) em alguns casos, determinaram que fossem tomadas medidas efetivas para combate à Covid-19 pelo Poder Executivo, quando se mostrou inerte ou tomando posturas cientificamente inadequadas ao combate da crise<sup>40</sup>.

Caio Castelliano, Peter Grajzl e Eduardo Watanabe explicam que, no caso do Brasil, a pandemia influenciou não apenas a forma de funcionamento do STF, com as sessões virtuais, por exemplo, que se tornaram ainda mais frequentes, mas, também, impactou o conteúdo das decisões, a partir dos temas que se tornaram mais frequentes de discussão na sociedade e que, por consequência, acabaram desaguando no Tribunal<sup>41</sup>.

Logo, a chegada da Covid-19 ao Brasil contribuiu, não apenas, para a aceleração de uma crise sanitária, mas também trouxe à tona uma série de outros problemas previamente existentes, entre eles, a crise econômica, social, política, a fragilização do federalismo, com a construção de uma nova organização de relacionamento entre Estados, Municípios e a União Federal<sup>42</sup>, entre outras questões, podendo, por isso, ser classificada como uma megacrise.

Enquanto as crises tradicionais<sup>43</sup>, conforme pontua Bruce Parrot<sup>44</sup>, podem ser solucionadas por meio de uma investigação aprofundada de suas causas, aliada à disponibilidade de recursos materiais adequados para superá-la, a lideranças

---

40. Idem.

41. CASTELLIANO, Caio; GRAJZL, Peter; WATANABE, Eduardo. How Has the Covid-19 Pandemic Impacted the Courts of Law? Evidence from Brazil. *International Review of Law and Economics*, n. 66, 2021. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=3827169]. Acesso em: 02.11.2023.

42. SILVA, Laura Gabriella Muniz da; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; RODRIGUES, Ana Laura Machado; GALINDO, Bruno César Machado Torres. O (re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: arranjos institucionais no contexto da MP 926/2020. *Rdp*, Brasília, v. 96, n. 17, p. 65-92, nov. 2020.

43. O conceito de crise tratado no presente trabalho não se limita a considerar o contexto sanitário inaugurado pela pandemia de Covid-19, mas, também, elucida o cenário de descentralização do poder, com a conseqüente reconfiguração do federalismo e considera a postura de subalcançe e, ao mesmo tempo, de pessoalidade, assumida pelo Poder Executivo, com via a consolidar práticas autoritárias no país, revelando que, especificamente nessa crise, o Poder Executivo enfrentou um processo de enfraquecimento, passando a ser alvo de inúmeros questionamentos, fortalecendo o protagonismos na atuação dos Tribunais, sendo, por isso, classificada como um megacrise e não como uma crise tradicional.

políticas com atuações eficazes e ao estabelecimento de políticas públicas que possam vir a contribuir com uma perspectiva de sucesso. Para que as megacrises sejam superadas, faz-se necessário, entretanto, que haja um fortalecimento da ciência e da pesquisa. Não bastam, portanto, investimentos em políticas procedimentais<sup>45</sup>.

As intervenções do STF no combate à crise pandêmica, contrariando as expectativas da Ciência Política, demonstraram uma atuação judicial mais proativa e um Executivo com alcance restringido<sup>46</sup>. Por isso, pode-se inferir que as alterações de comportamento do STF revelam uma atuação estratégica do Tribunal, que inicialmente portou-se de forma mais deferente e, posteriormente, de forma mais proativa.

As alterações no padrão decisório revelam a intenção do Tribunal de despertar internamente e no processo de relacionamento com os demais Poderes determinados padrões de comportamento e de estabilização das relações. Sobre esse aspecto, Yvonne Tew mapeou algumas atuações estratégicas institucionais possíveis, como: 1. As intervenções minimalistas; 2. Maximalista, em que as intervenções do Tribunal se mostram imediatas; 3. As intervenções coligadas, em que as instituições se associam entre si; 4. A construção de uma narrativa retórica, com a organização da esfera pública; e 5. A construção de decisões coesas, com baixo desvio de divergência, demonstrando, ao público, a existência de um Tribunal com compreensões uniformes sobre o tema<sup>47</sup>.

Assim, em uma atuação estratégica, por mais que o ideal seja ampliar a esfera de influência do Judiciário, essa ampliação tem de ser cautelosa, para que não se sofra represália dos demais Poderes. Afinal, “decidir questões políticas é uma atividade cujos riscos variam muito dependendo do contexto político”<sup>48</sup>. Por isso, a noção de atuação estratégica é cambiante, a depender do panorama exógeno existente e da conotação de estratégia que a instituição pretende assumir.

---

44. PARROTT, Bruce. The American Mega-Crisis: covid-19 and beyond. *Challenge*, [S. l.], v. 63, n. 5, p. 245-263, 02.09.2020. Informa UK Limited. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.1080/05775132.2020.1804756>].

45. Idem.

46. NÓBREGA, Guilherme Garcia Melo. *Manual do autoritarismo: direito e política*. Londrina: Paraná: Thoth, 2020.

47. TEW, Yvonne. Strategic Judicial Empowerment. *American Journal of Comparative Law (Forthcoming)*... cit., p. 1-85, 2021. Disponível em: [<https://ssrn.com/abstract=3323022>]. Acesso em: 05.11.2023.

48. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014. p. 36.

Diante do exposto, considerando que o foco do trabalho está em compreender como o STF arbitrou os conflitos subjacentes à ADPF 635, observar-se-á, no tópico subsequente, a partir da aplicação do método da Análise do Discurso Crítica, os embates jurídicos e políticos no Tribunal e as divergências entre os Ministros.

#### 4. ANÁLISE DO DISCURSO CRÍTICO DA ADPF 635: O MODELO DECISÓRIO ADOTADO PELO STF

Para que se torne possível compreender o modelo decisório adotado na ADPF 635, passa-se, neste tópico, a realizar a Análise do Discurso Crítico (ADC) do acórdão, a fim de identificar a racionalidade jurídica adotada pelo STF, em um período de grande desorganização institucional (se for levado em consideração que a decisão foi proferida durante um dos períodos mais críticos da pandemia), para, então, compreender a argumentação e a fundamentação que o Tribunal tem utilizado em suas decisões, não com o objetivo de estabelecer um juízo de valor sobre a correção ou incorreção de tais posicionamentos, mas para traçar um diagnóstico acerca do modelo decisório prevalecente no processo estrutural em questão. Assim, a pesquisa parte tanto de análises normativas quanto realiza investigações empíricas.

A ADC tem como propósito analisar a variabilidade e a mudança no texto, que revela os conflitos sociais subjacentes<sup>49</sup>. Assim, seu objetivo está em revelar práticas e conexões que estão ocultas, na medida em que as pessoas realizam escolhas sobre o modelo e a estrutura de suas orações, que refletem, também, escolhas sobre o significado de determinadas práticas e institutos, revelando-se como uma prática social, e não individual. Essas escolhas, entretanto, são antecedidas por disputas de poder. Logo, a construção materializada no texto revela, desde já, o lado sagrado vencedor na disputa de sentido<sup>50</sup>. Por isso, estudar o discurso é estudar as práticas sociais subjacentes e os conflitos que permearam a preponderância de um determinado sentido em detrimento de outro<sup>51</sup>.

49. RAMALHO, Viviane C. Vieira Sebba. Constituição da análise de discurso crítica: um percurso teórico – metodológico. *Signótica*, [S.L.], v. 17, n. 2, p. 275-298, 06.04.2008. Universidade Federal de Goiás. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.5216/sig.v17i2.3731>].

50. FAIRCLOUGH, N. *Discurso e mudança social*. Coordenação da Trad. Izabel Magalhães. Brasília: UNB, 2001.

51. CHOULIARAKI, L.; FAIRCLOUGH, N. *Discourse in Late Modernity: Rethinking Critical Discourse Analysis*. Edinburgh: University Press, 1999.



Nesse sentido, Van Dijk<sup>52</sup> expõe que a Análise do Discurso Crítica se materializa como um tipo de pesquisa analítica, em que a principal preocupação está em compreender a organização do poder, que se materializa no texto e na fala dos atores políticos. Assim, a Análise do Discurso apresenta uma nítida preocupação em compreender como o discurso se organiza para então identificar determinadas categorias como: dominação, discriminação, poder e controle das estruturas de linguagem. Parte-se do texto na busca por identificar elementos relevantes a organização social, a fim de identificar quais estruturas apresentam mais ingerência na organização dos institutos.

Voltando-se, especificamente, para a análise da ADPF 635, observa-se, como mencionado anteriormente, que o contexto pandêmico influenciou sobremaneira o julgamento e, o que em um primeiro momento (considerando a decisão liminar), poderia parecer a produção de uma decisão deferente – tomando como referência os elementos meramente pontuais deferidos – mostrou-se, em verdade, que a Corte, a partir da adoção de uma atuação estratégica, foi se aproximando do modelo “compartilhado”, com fixação de uma série de medidas, que efetivamente se propunham a modificar a realidade da segurança pública do Estado brasileiro. O modelo “compartilhado” é caracterizado pela construção de intervenções que se propõem mais dialógicas e por meio, também, de uma interação com a camada da sociedade impactada pelo litígio que se enfrenta no Tribunal<sup>53</sup>.

No que concerne a decisão sobre os pedidos cautelares, incidentalmente requeridos, tem-se a esclarecer que o Tribunal, referendando o posicionamento do Ministro Relator, consignou que:

“(i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia da Covid-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar

52. VAN DIJK, T. A. (1993). Principles of Critical Discourse Analysis. *Discourse & Society*, p. 249-283, 1993. Disponível em: [<https://doi.org/10.1177/0957926593004002006>].

53. LIMA, Flavia Danielle Santiago; DA CUNHA FRANÇA, Eduarda Peixoto. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 22, n. 1, 2021, p. 361.

em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.”<sup>54</sup>

A referida manifestação põe em evidência o fato de que as operações policiais foram restringidas em decorrência da situação excepcional, inaugurada pela pandemia. Observa-se que o comando do Tribunal, na referida decisão, não chega a enfrentar o cerne da discussão, que se propunha a elaborar um plano de ação para melhoria da política pública de segurança, mas apenas veta a realização dessas operações pontualmente, enquanto perdurar o contexto de crise sanitária, por entender a incompatibilidade das intervenções policiais durante esse contexto de excepcionalidade. Nesse sentido, o Ministro consigna que:

“nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.”<sup>55</sup>

Esse trecho coloca em evidência a preocupação da Corte com a realização de ações policiais no período pandêmico e, por isso, o Supremo passa a atuar normativamente, ao restringir as possibilidades de intervenção policial, passando a exigir, expressamente, que sejam consignadas, por escrito, a necessidade de operação policial nesse cenário. Teresa Melo<sup>56</sup> explica que o poder normativo, possível de ser exercido pelo Tribunal, constitui, na verdade, consequência da interpretação do princípio da separação dos poderes, assegurando “a proteção dos direitos fundamentais, principal tarefa das cortes constitucionais”<sup>57</sup>, sobretudo em contextos de excepcionalidade democrática, em que a jurisdição constitucional se torna “uma solução não ideal para circunstâncias extraordinárias”<sup>58</sup>, uma vez que, a partir da inefetividade do texto constitucional, aciona-se a Corte para a produção de decisões criativas.

54. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, Rio de Janeiro... cit.

55. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. na medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental 635, Rio de Janeiro... cit., p. 400.

56. MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

57. *Ibidem*, p. 162.

58. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 91.

Sobre esse aspecto, é possível afirmar que o Brasil se encontra classificado em uma zona gris de proteção dos direitos fundamentais. Isso significa dizer que formalmente são assegurados diversos direitos e garantias aos cidadãos, mas a concretização desses direitos encontra-se comprometida, possibilitando, a partir dos estudos desenvolvidos por Ugalde e Ansolabehere<sup>59</sup>, classificar, sob o ponto de inserção de direitos civis e sociais no texto constitucional, um país includente, mas, sob o ponto de vista da concretização, o Brasil é inserido na categoria de “cínico”, já que a taxa de efetivação dos direitos é muito baixa.

Visando, portanto, à concretização, rápida e eficiente, de direitos fundamentais, diante do contexto pandêmico instaurado, observa-se que a maioria do Tribunal faz a opção de seguir o Relator restringindo as intervenções policiais nas comunidades cariocas. Observa-se que na fundamentação utilizada se fala em limitação das intervenções como forma de reduzir o contágio, pelo fato de que a maioria da população estaria em suas casas, tornando ainda mais sensível qualquer intervenção.

Divergindo dessa compreensão, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux expõem que “o cenário estabelecido não se revela apto a legitimar a prestação jurisdicional pretendida no sentido de interromper a regular execução de serviço público essencial de responsabilidade do Poder Executivo”<sup>60</sup>. Pode-se sumarizar as divergências nos seguintes pontos: os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux se posicionam contrariamente às restrições nas realizações das operações policiais, suscitando a dificuldade em definir quais seriam as “hipóteses absolutamente excepcionais” capazes de deferir as referidas intervenções. Ademais, os referidos Ministros elucidam a necessidade de proteção da população em todas as situações e, por isso, se manifestam contrariamente a fixação de restrições na realização de operações policiais, aduzindo que “a operação policial, em si, não pode ser considerada uma violação de direitos, mas sim a forma como é realizada e os excessos que podem ocorrer.”<sup>61</sup>. Por isso, “a limitação das operações policiais pode levar a um aumento da criminalidade e à sensação de impunidade entre os criminosos”<sup>62</sup>.

---

59. UGALDE, Francisco Valdés; ANSOLABEHHERE, Karina Mariela. Panorama político. Conflicto constitucional en América Latina: entre la inclusión y el cinismo. *Repositorio Universitario Digital Instituto de Investigaciones Sociales*, México, v. 1, n. 1, p. 235-258, jan. 2012.

60. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, Rio de Janeiro... cit., p. 63.

61. *Ibidem*, p. 388.

62. *Ibidem*, p. 413.

Nesse sentido, ao longo de seus votos, os Ministros responsáveis pela divergência indicam que “a necessidade de se garantir a segurança pública não pode ser desconsiderada em nome de uma proteção excessiva que impeça a atuação da polícia”.<sup>63</sup>

A partir dos trechos apresentados, observa-se que o desacordo que se apresenta, é, antes de tudo, fático. Os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux preocupam-se em argumentar que as operações policiais constituem intervenção legítima, a ser coordenada pelo Poder Executivo. Dessa forma, apesar de, eventualmente, existirem excessos, não seria possível limitar, *a priori*, a realização dessas operações, sob pena de instauração de um estado de insegurança. Os demais Ministros, por sua vez, compreendem a impossibilidade fática de realização dessas intervenções no período da pandemia, classificando-as, aprioristicamente, como inapropriadas ao contexto de emergência sanitária.

Para a maioria do Tribunal, ainda que inexistisse qualquer excesso na condução da operação, o próprio deslocamento de contingente policial às comunidades já seria motivo de risco, “uma vez que a permanência em casa dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia internacional, assim como os relatos de novas operações que, aparentemente, repetem os padrões de violações anteriores”<sup>64</sup>, tornariam essas intervenções inapropriadas. A percepção de que as ações policiais culminam via de regra, em resultados excessivos é corroborada com a citação de falas das mães das vítimas, ouvidas em audiência pública, as quais suscitaram: “Não podemos mais viver com esse medo. Nossos filhos não são bandidos, são vítimas de um sistema que não nos protege”<sup>65</sup>. Assim, enquanto os Ministros responsáveis pela divergência apontam que as operações policiais não poderiam sofrer limitações, sob pena de gerar insegurança na população, observa-se que a maioria do Tribunal de arvora em depoimentos de mães de vítimas para suscitar que as intervenções são percebidas como mecanismos de insegurança e, por isso, deveriam sofrer limitações.

Além dos depoimentos das mães, diversos argumentos técnicos são utilizados ao longo dos votos, como dados do Instituto de Segurança Pública, Relatórios enviados pelo Estado do Rio de Janeiro e notícias jornalísticas para evidenciar “a violação generalizada de direitos fundamentais ocasionada pela insegurança pública”<sup>66</sup>.

---

63. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, Rio de Janeiro... cit., p. 399.

64. *Ibidem*, p. 400.

65. *Ibidem*, p. 392.

66. *Ibidem*, p. 413.

Dessa maneira, a decisão cautelar, ora examinada, demonstra, em verdade, inaugurar um “constitucionalismo de emergência” introduzido, usualmente, em um contexto de excepcionalidade, que deve perdurar momentaneamente, enquanto a emergência subsiste. O principal risco, entretanto, de um contexto de emergência, é a criação de um caminho de dependência, em que determinadas percepções e comportamentos institucionais se normalizam, tornando difícil retomar o funcionamento das instituições ao contexto anterior<sup>67</sup>. Essa situação de dependência permite, por exemplo, que precedentes produzidos em contextos de excepcionalidade se tornem usuais, passando-se da técnica do *distinguish* para uma situação de *overruling*, em que os precedentes no lugar de serem apenas diferenciados pelo contexto excepcional, acabam efetivamente superando as discussões.

Por isso, Ackerman<sup>68</sup> defende que, nessas circunstâncias, os juízes deverão atuar em duas frentes: Inicialmente, produzindo um macrogerenciamento de suas decisões, para que haja integridade entre os precedentes produzidos em situação de crise e, ao mesmo tempo, um processo de microadjucação, para que os direitos individuais sejam resguardados diante dos eventuais abusos do sistema.

Posteriormente, o partido autor ajuizou Embargos de Declaração, a fim de que as medidas cautelares anteriormente deferidas fossem complementadas, permitindo que maiores índices de proteção aos jurisdicionados fossem implementadas. Nessa oportunidade, o Tribunal fixou que o Estado do Rio de Janeiro elaborasse, em 90 dias, um plano de ação visando à redução da letalidade policial e ao controle de violações de direitos humanos pelas forças de segurança fluminenses<sup>69</sup>.

Dessa forma, a partir da Análise do Discurso Crítica, observa-se nessa tríade de decisões (liminar, cautelar e julgamento de Embargos de Declaração em sede de cautelar), que o Tribunal foi se tornando cada vez mais responsivo às contínuas violações de direitos humanos e, ao mesmo tempo, construindo argumentações mais próximas dos dados apresentados ao longo do processo, distanciando-se das justificativas eminentemente exógenas da situação de crise.

---

67. ABIRI, Gilad; GUIDI, Sebastian. The Pandemic Constitution. *Columbia Journal of Transnational Law*, Forthcoming, 2021. Disponível em: [<https://ssrn.com/abstract=3797023>], [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3797023>]. Acesso em: 14.11.2023.

68. ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 113, n. 5, p. 1029, mar. 2004. JSTOR. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.2307/4135710>]. Acesso em: 14.11.2023.

69. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635, Rio de Janeiro... cit.

Inicialmente, produziu decisões mais pontuais e operacionais. Posteriormente, limitou a realização de operações policiais considerando o contexto exógeno de pandemia, demonstrando sofrer forte influência do contexto. Por fim, posicionou-se com a concessão de prazo para a elaboração de plano de ação, considerando a necessidade de reestruturação da política de segurança pública, aproximando-se cada vez mais de argumentos técnicos e das demandas apresentadas pela sociedade civil em audiência pública. Vislumbra-se, dessa forma, a passagem de um modelo deferente para o compartilhado, conforme explicitado no tópico anterior.

No avanço na argumentação do Tribunal, dois pontos surgem como centrais: 1) o contínuo desrespeito das autoridades às ordens emanadas pela Corte, seja o STF (sob o ponto de vista interno), seja a Corte IDH e 2) os dados apresentados pelos órgãos técnicos e pela própria sociedade civil, evidenciando a necessidade de intervenções mais contundentes, por parte do STF.

Ilustrando a abertura do Tribunal para a fala da comunidade diretamente atingida, o Ministro Edson Fachin inaugura seu voto agradecendo “à coragem dos familiares que estiveram presentes na audiência pública, ao serviço público prestado por diversas entidades de defesa de direitos humanos e, acima de tudo, à dedicação (...) dos professores”<sup>70</sup> e, em diversos pontos do voto, o Relator faz menção a relatórios e produtos técnicos elaborados por órgãos científicos, destacando a necessidade da Corte “determinar que os poderes constituídos adotem as soluções necessárias”<sup>71</sup>, a partir dos dados e relatos que chegam ao Tribunal.

Os argumentos científicos surgem de forma tão incisiva na análise do processo que a necessidade de elaboração de um plano de ação, inicialmente indeferido pelo Relator, volta à tona na discussão dos Embargos de Declaração, sendo, nessa oportunidade, provido, sob o argumento de que:

“Não obstante a decisão da Corte Interamericana de ter sido proferida há quase quatro anos, ainda não há apresentação de um plano consistente de redução da letalidade policial. Além disso, apesar da decisão deste Tribunal, que se limitou a reconhecer a desnecessidade de nova ordem, não há dúvidas de que a determinação para a elaboração, planejamento e divulgação do plano é inescusável. Tudo isso está a apontar para a necessidade de se deferir integralmente, inclusive no que tange à participação da sociedade civil, o pedido cautelar constante do item ‘a’ da inicial.”<sup>72</sup>

70. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb.decl. na medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental 635, Rio de Janeiro... cit., p. 32.

71. *Ibidem*, p. 42.

72. *Ibidem*, p. 63.

No trecho anteriormente destacado, evidencia-se que a decisão da Corte IDH surge como reforço argumentativo para que o STF fixe um plano de ação mais efetivo na remodelação do funcionamento da segurança pública. Inclusive, indica que esse plano deve ser elaborado com a participação da sociedade civil, colocando em evidência que o STF, durante o julgamento da ADPF 635, saiu de uma posição deferente para uma atuação mais proativa, contribuindo para o fortalecimento da instituição, por meio da adoção do modelo decisório compartilhado. Essa alteração na forma de decidir se coaduna com a divergência existente entre os Ministros, evidenciando existir um alinhamento entre a maioria dos julgadores de que as operações policiais precisam ser revistas na sua origem, pois já não se apresentam como um mecanismo de proteção de direitos.

Fica, portanto, notório que o STF utilizou de seu Poder Normativo de forma “compartilhada”, atuando como legislador positivo, para assegurar a observância dos direitos fundamentais, estabelecendo parâmetros, sobretudo de natureza científica, para que a política de segurança pública fosse reestruturada. Essa postura de fundamentação das decisões em argumentos científicos revelam um papel decisório racional pelo STF diante da falta de apoio dos atores políticos, sobretudo do Executivo, que reiteradamente mostrava-se inerte na resolução dessas questões<sup>73</sup>. Adentra-se, nesse ponto, na questão das “segundas melhores opções”. Ou seja: quando as alternativas ideias para resolver uma demanda envolvendo a violação de direitos não estiver disponível, recorre-se à segunda melhor alternativa a fim de que esses direitos não continuem a sofrer transgressão<sup>74</sup>.

Pelo exposto, conclui-se que os parâmetros adotados pelo Tribunal, os quais resultaram na elaboração de um modelo decisório compartilhado, ocorreram em razão dos dados científicos e da oitiva dos relatos, o que revela a construção de um processo estrutural que se propõe a ser eficiente na concretização de direitos fundamentais, na medida em que se mostrou dialógico.

---

73. MATTOS, Karina Denari Gomes de; BALBI, Guilherme; KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. A resposta de cortes constitucionais latino-americanas à Covid-19: estudo comparado das experiências do Brasil e do México. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 01-35, jan. 2022.

74. Nesse sentido, ver textos: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885, 2002 e CASIMIRO, M.; PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA, E.; FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA, F. (2022). Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais?. *Rei – Revista Estudos Institucionais*, 8(1), 105-137. Disponível em: [<https://doi.org/10.21783/rei.v8i1.676>].



## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito averiguar o modelo decisório adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 635.

Nesse sentido, foram apresentados os seguintes modelos de decisão judicial para o enfrentamento de demandas estruturais: deferente, compartilhado e autorreferenciado. O modelo deferente consiste naquele em que o Poder Judiciário apresenta uma postura mais contida, alinhando-se às escolhas das instâncias políticas, interferindo de modo pontual ou instituindo, apenas, que existe uma realidade inconstitucional que precisa ser modificada. O modelo compartilhado, por sua vez, consiste no modelo por meio do qual o juiz atua de forma proativa e, ao mesmo tempo, dialógica na superação da realidade inconstitucional, supervisionando o cumprimento das medidas proferidas e mediando a relação entre os atores envolvidos, a fim de que o enfrentamento da demanda tenha o máximo grau de eficácia, para que os grupos vulneráveis tenham as suas demandas atendidas. Por fim, o modelo autorreferenciado pode ser verificado quando o Poder Judiciário atua de modo a não levar em consideração as limitações e justificativas das instâncias políticas no processo de superação da realidade transgressora a direitos fundamentais e adota medidas formuladas não a partir de um processo dialógico, mas sim a partir de suas próprias perspectivas acerca da realidade social. Esse último tipo de modelo, usualmente, é pouco pragmático e preocupado com as repercussões práticas da decisão em questão.

No caso analisado, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal iniciou com a adoção do modelo deferente e, posteriormente, passou para o compartilhado, o que se vislumbra sobretudo a partir do momento em que há a exigência, por parte do Tribunal, da elaboração de um plano de ação que seja estruturado de forma dialógica (atuação proativa e, ao mesmo tempo, preocupada com o diálogo). Assim, por mais que o STF tenha iniciado sua intervenção de forma mínima na política pública de segurança fluminense, posteriormente, verificou a insuficiência desse tipo de atuação na superação de uma realidade tão complexa e nefasta quanto a das favelas do Rio de Janeiro.

Um ponto interessante nessa senda é que a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil” parece ter contribuído não somente para retirar o ônus argumentativo do partido que ajuizou a ação, como, também, auxiliou o Tribunal a mudar de postura, uma vez que a inércia do Estado brasileiro em dar cumprimento às medidas estabelecidas em 2017 pela Corte mostrou-se um grave empecilho no que concerne à proteção de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, provocando, até mesmo, a morte de diversos indivíduos.

O cenário da pandemia da Covid-19 também parece ter interferido na mudança de postura do Tribunal, que decidiu de modo proativo temáticas importantes da política brasileira, a exemplo de questões de saúde e das disputas entre os entes federativos, assumindo, dessa forma, uma postura estratégica, posicionando-se, socialmente, como espaço promotor de políticas públicas.

O contexto de inércia do Estado do Rio de Janeiro em conferir cumprimento às determinações da Corte IDH, cumulado com um contexto exógeno de fortalecimento das práticas neoliberais, tudo isso acompanhado de uma escalada de práticas autoritárias, demonstram a urgência na efetivação dos direitos sociais para o arrefecimento da crise que se mostrava ainda mais intensa nos anos de 2020 a 2022, por decorrência do contexto pandêmico.

Não obstante a inegável influência das situações de crise sobre as decisões proferidas no bojo da ADPF 635, entende-se que a adoção do modelo decisório “compartilhado” não constitui uma jurisprudência de crise, uma vez que não indica uma ruptura abrupta com decisões estruturais anteriores, mas denota o fortalecimento de uma prática decisória em processos estruturais, em que a sociedade civil tem sido convidada a participar da construção da decisão. Entende-se que o contexto exógeno contribuiu para acelerar o posicionamento estratégico do Tribunal, que em pouco menos de dois anos saiu do polo deferente para o modelo compartilhado. Com isso, conclui-se que racional e estrategicamente orquestrado, o STF fez a opção por posicionar-se proativamente na busca pela reestruturação da política de segurança pública, adotando o modelo “compartilhado” de decisão, que se apresenta como uma continuidade dos posicionamentos anteriores em demandas estruturais, visando, em um contexto de extrema crise, a estabilização no relacionamento com os demais poderes e instituições.

## 6. REFERÊNCIAS

- ABIRI, Gilad; GUIDI, Sebastian. The Pandemic Constitution. *Columbia Journal of Transnational Law*, Forthcoming, 2021. Disponível em: [<https://ssrn.com/abstract=3797023>]; [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3797023>]. Acesso em: 14.11.2023.
- ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 113, n. 5, p. 1029, mar. 2004. JSTOR. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.2307/4135710>]. Acesso em: 14.11.2023.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de processo*, p. 389-410, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redese-  
nho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas  
JUS*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salva-  
dor: JusPodivm, 2016.
- CASTELLIANO, Caio; GRAJZL, Peter; WATANABE, Eduardo. How Has the Co-  
vid-19 Pandemic Impacted the Courts of Law? Evidence from Brazil. *Internatio-  
nal Review of Law and Economics*, n. 66, 2021. Disponível em: [[https://ssrn.com/  
abstract=3827169](https://ssrn.com/abstract=3827169)]. Acesso em: 02.11.2023.
- CHOULIARAKI, L.; FAIRCLOUGH, N. *Discourse in Late Modernity: Rethinking  
Critical Discourse Analysis*. Edinburgh: University Press, 1999.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Bra-  
sília Vs. Brasil*. Sentença de mérito, reparações e custas de 16 de fevereiro de 2017.  
San José, Costa Rica, 2017.
- BAUERMANN, Desirê. *Formas de obtenção do cumprimento das decisões que determi-  
nam um fazer ou não fazer*: estudo do sistema norte-americano e sua adoção pelo sis-  
tema brasileiro. 205f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, 2011. Disponível em: [[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/41466/1/  
Tese%20-%20vers%c3%a3o%20final.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/41466/1/Tese%20-%20vers%c3%a3o%20final.pdf)]. Acesso em: 31.06.2024.
- FAIRCLOUGH, N. *Discurso e mudança social*. Coordenação da Trad. Izabel Maga-  
lhães. Brasília: UNB, 2001.
- FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*.  
Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais. Universidade Federal  
do Paraná, 2015.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; PEDROSA, Tomás Araújo; NÓBREGA, Fla-  
vianne Fernanda Bitencourt. Violações estruturais no sistema interamericano  
de direitos humanos: uma análise a partir do caso favela Nova Brasília vs. Brasil.  
*Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 21, n. 37, 27.02.2023. p. 1.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Processos estruturais no Sul Global: a trans-  
formação de realidades inconstitucionais por meio dos diálogos institucionais*.  
Londrina: Thoth, 2024.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano  
de Direitos Humanos*. Londrina: Thoth, 2024.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucio-  
nal no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*, São  
Paulo, v. 342, ano 48, p. 365-392, ago. 2023. Disponível em: [[https://www.revis-  
tadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89  
ad450000019320e21b481466b2c1&docguid=Ie30c1560213411eea2f6af6  
d65152fbb&hitguid=Ie30c1560213411eea2f6af6d65152fbb&spos=1&  
epos=1&td=1&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Docu-  
mento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revis-<br/>tadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0a89<br/>ad450000019320e21b481466b2c1&docguid=Ie30c1560213411eea2f6af6<br/>d65152fbb&hitguid=Ie30c1560213411eea2f6af6d65152fbb&spos=1&<br/>epos=1&td=1&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Docu-<br/>mento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)].  
Acesso em: 01.02.2024.

- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Processos estruturais no Sul Global: a transformação de realidades inconstitucionais por meio dos diálogos institucionais*. Londrina: Thoth, 2024.
- GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research*, n. 52, 2020. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3608974>]. Acesso em: 01.11.2023.
- GOMES, José Clayton Murilo Cavalcanti. “*Eu paguei ao estado a bala que matou o meu filho*”: gênero, raça e processos de Estado na audiência pública da ADPF 635. 2021. 66 f. Monografia (Especialização) – Curso de Direito, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2021.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JOBIM, Marco. A atuação estrutural do Ministério Público do Trabalho no caso das vinícolas da Serra Gaúcha. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2024. p. 1055-1066.
- MATTOS, Karina Denari Gomes de; BALBI, Guilherme; KIRSZTAJN, Laura Mastroianni. A resposta de cortes constitucionais latino-americanas à Covid-19: estudo comparado das experiências do Brasil e do México. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 01-35, jan. 2022.
- MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Peças e engrenagens de uma Teoria Geral do Estado*. João Pessoa: Ideia, 2013.
- NÓBREGA, Guilherme Garcia Melo. *Manual do autoritarismo: direito e política*. Londrina: Paraná, Thoth, 2020.
- OSMO, Carla; FANTI, Fabiola. “ADPF das Favelas”: Legal mobilization in the intersection between police violence and racism. *Revista Direito e Práxis*, v. 12, p. 2102-2146, 2021.
- PARROTT, Bruce. The American Mega-Crisis: covid-19 and beyond. *Challenge*, [S. l.], v. 63, n. 5, p. 245-263, 02.09.2020. Informa UK Limited. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.1080/05775132.2020.1804756>].
- RAMALHO, Viviane C. Vieira Sebba. Constituição da análise de discurso crítica: um percurso teórico – metodológico. *Signótica*, [S.L.], v. 17, n. 2, p. 275-298, 06.04.2008. Universidade Federal de Goiás. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.5216/sig.v17i2.3731>].
- RICHARD, Brilliant; NWIZUG, Sumenenua Suzi. A Critical Discourse Analysis of Courtroom Proceedings in Nigeria. *Afrrev Ijah: An International Journal of Arts*

*and Humanities*, [S.L.], v. 6, n. 4, p. 93-102, 12.12.2017. Disponível em: [<http://dx.doi.org/10.4314/ijah.v6i4.8>].

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Processo estrutural democrático: participação, publicidade e justificação*. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Rio de Janeiro, 2023.

SILVA, Laura Gabriella Muniz da; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; RODRIGUES, Ana Laura Machado; GALINDO, Bruno César Machado Torres. O (re)desenho institucional do pacto federativo diante da Covid-19: arranjos institucionais no Contexto da MP 926/2020. *Rdp*, Brasília, v. 96, n. 17, p. 65-92, nov. 2020.

TEW, Yvonne. Strategic Judicial Empowerment. *American Journal of Comparative Law (Forthcoming)*, p. 1-85, 2021. Disponível em: [<https://ssrn.com/abstract=3323022>]. Acesso em: 05.11.2023.

UGALDE, Francisco Valdés; ANSOLABEHHERE, Karina Mariela. Panorama político. Conflicto constitucional en América Latina: entre la inclusión y el cinismo. *Repositorio Universitario Digital Instituto de Investigaciones Sociales*, Mexico, v. 1, n. 1, p. 235-258, jan. 2012.

VAN DIJK, T. A. (1993). Principles of Critical Discourse Analysis. *Discourse & Society*, p. 249-283, 1993. Disponível em: [<https://doi.org/10.1177/0957926593004002006>].

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.

## 7. JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Rio de Janeiro. Brasília, 03.02.2022. p. 32.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Rio de Janeiro. Brasília, 18.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635. Rio de Janeiro. Brasília, 17.04.2020.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Direitos Humanos; Internacional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ações estruturais no Supremo Tribunal Federal: em busca de um acesso à justiça igualitário, de Eduarda Peixoto da Cunha França, Matheus Casimiro e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega – *RePro* 333/259-281;
- Atuação do STF na pandemia da Covid-19. *Fine Line* entre aplicação da Constituição Federal e ativismo judicial, de Georges Abboud, Maira Scavuzzi e Ricardo Yamin Fernandes – *RT* 1020/77-97;
- O ativismo judicial, custos sociais e proteção dos direitos fundamentais: a não efetivação dos direitos fundamentais e o devido processo legislativo, de Lucas Augusto Gaioski Pagani, Luiz Manoel Gomes Júnior e Miriam Fecchio Chueiri – *RT* 1049/125-150; e
- Transjudicialismo e pandemia no Supremo Tribunal Federal. Análise da arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 811, de Weber Luiz de Oliveira – *RT* 1034/197-220.

Uso exclusivo – proibida a reprodução

# A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS-BASE PARA A RELAÇÃO ENTRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E PRECEDENTES JUDICIAIS REPETITIVOS

## *THE NEED FOR BASE CRITERIA FOR THE RELATIONSHIP OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND REPETITIVE JUDICIAL PRECEDENTS*

Assista o comentário da autora sobre o artigo



**JULIANA DAL MOLIN DE OLIVEIRA LEMOS**

Doutora em Processo Civil pela PUC/RS. Mestre em Direito Ambiental pela Univali. Especialista em Processo Civil pela Uninter/FAP. Vice-Presidente da Comissão de Processo Civil da OAB/RO. Membro da ANNEP, IDPR e IBDP. Advogada. Bancária. [juliana@lemosadvocacia.adv.br](mailto:juliana@lemosadvocacia.adv.br)

Recebido em: 16.07.2024  
Aprovado em: 10.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Digital

**RESUMO:** O presente trabalho tem como propósito a análise sobre os precedentes judiciais repetitivos e o seu impacto nos demais processos afetados, nos graus anteriores, com o emprego de ferramentas tecnológicas, sobretudo Inteligência Artificial. O intuito da pesquisa é investigar e separar os momentos em que a formação ou aplicação dos precedentes repetitivos impactam os demais processos e a partir da possibilidade de utilização da Inteligência Artificial para estes momentos e análises, almejar uma concepção construtiva de critérios-base para a programação dos algoritmos e da própria Inteligência Artificial, com o foco na sua replicação e aplicação nos Tribunais de Segundo Grau, diante dos princípios da própria utilização da Inteligência Artificial, como transparência, explicabilidade, auditabilidade, contestabilidade e confiabilidade, justamente com o intuito de alcançar uma melhor prestação jurisdicional. A presente pesquisa utiliza a metodologia, primeiramente, dedutiva, com uma ampla revisão bibliográfica sobre todos os temas, desde a visão geral de cada instituto e tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precedentes Repetitivos – Inteligência Artificial – Critérios-base – Juízo de Conformação.

**ABSTRACT:** The purpose of this work is to analyze repetitive judicial precedents and their impact on other affected processes, in previous degrees, with the use of technological tools, especially Artificial Intelligence. The purpose of the research is to investigate and separate the moments in which the formation or application of repetitive precedents impact other processes and, based on the possibility of using Artificial Intelligence for these moments and analyses, aim for a constructive conception of base criteria for programming of algorithms and Artificial Intelligence itself, with a focus on its replication and application in the High Courts, given the principles of the use of Artificial Intelligence itself, such as transparency, explainability, auditability, contestability and reliability, precisely with the aim of achieving a better judicial provision. This research uses a primarily deductive methodology, with a broad bibliographical review on all topics, from an overview of each institute and topic.

**KEYWORDS:** Repetitive Precedents – Artificial intelligence – Base criteria – Conformation Court.



SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A necessidade de diretrizes para todas as análises existentes na relação entre precedentes repetitivos e inteligência artificial. 2.1. A diferença entre as análises pertinentes aos precedentes repetitivos via Inteligência Artificial. 2.1.1. A análise para a identificação dos processos afetados durante a formação do precedente repetitivo. 2.1.2. A análise para a aplicação do precedente repetitivo formado e os processos afetados. 2.1.3. A análise para a identificação dos processos futuros e a aplicação do precedente repetitivo. 2.1.4. A análise para a identificação e análise de argumento de distinção e superação em processos futuros. 3. A utilização da inteligência artificial pelos tribunais de segundo grau na aplicação de precedentes repetitivos nos limites dos critérios e análises propostos. 4. Aspectos conclusivos. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho traz como proposta realizar uma pesquisa acerca do emprego da Inteligência Artificial pelos Tribunais de Segundo Grau na aplicação de teses firmadas em recursos excepcionais repetitivos, analisando as suas possibilidades de utilização, requisitos e dimensão processual.

Para esse estudo, é apresentada uma abordagem relacionada aos precedentes repetitivos e Inteligência Artificial, além de uma pesquisa que trata sobre a Inteligência Artificial nos processos judiciais, considerando sua amplitude dimensional, as complexidades verificadas em sua utilização e a pluralidade de matérias envolvidas nesta importante temática.

Busca-se uma análise sobre o juízo de conformidade do caso ao precedente judicial vinculante, com a intersecção com a automação da Inteligência Artificial e a capacidade de entendimento sobre o cerne do precedente judicial repetitivo formado, tratando ainda sobre uma análise que passe por essa utilização, pelos critérios e limites de utilização, observando a necessidade de revisão e apontamentos de distinção e superação, quando assim pertinentes.

O cerne é a proposição de critérios-base para a análise da Inteligência Artificial como auxiliar para a aplicação do que for formado a partir do Rito Repetitivo, com formação de como se deve proceder quando há a decisão de afetação e a identificação dos processos afetados, como deve ocorrer após a formação do precedente repetitivo e o efeito cascata em todos os processos já selecionados e sobrestados, a interligação destes com os processos futuros que versem sobre a mesma questão jurídica e como a Inteligência Artificial deve dialogar com o precedente repetitivo e o seu não engessamento, identificando distinção e superação, propondo sua não aplicação ou a revisão de tese.

Os princípios da Inteligência Artificial devem dialogar com os critérios-base, para que seja possível uma melhor otimização dessa relação em todos os momentos e nas diferentes análises existentes.

A presente pesquisa utiliza a metodologia, primeiramente, dedutiva, com uma ampla revisão bibliográfica sobre todos os temas, desde a visão geral de cada instituto e tema.

## 2. A NECESSIDADE DE DIRETRIZES PARA TODAS AS ANÁLISES EXISTENTES NA RELAÇÃO ENTRE PRECEDENTES REPETITIVOS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A existência de ferramentas de Inteligência Artificial em utilização pelo Judiciário brasileiro, bem como a possibilidade existente da utilização dessas ferramentas para análises processuais demandam inúmeras implicações e pontos de atenção a serem debatidos e regulados.

Para essa regulação, cabe ressaltar a necessidade de diretrizes para todas as análises existentes na relação entre precedentes repetitivos e Inteligência Artificial.

Ao se estabelecer uma relação de utilização entre precedentes repetitivos e Inteligência Artificial, é cabível a preocupação e a necessidade de definição de diretrizes, considerando assim as críticas e questionamentos relacionados à falta de definições de quais seriam essas diretrizes, bem como da falta de padronização de utilização e de abertura ou publicidade de como essas relações são realizadas.

Considerando que a utilização das ferramentas de Inteligência Artificial, assim como a sua regulação e as suas diretrizes vêm se desenvolvendo e evoluindo a cada dia, tem-se a crítica para que essas diretrizes tragam confiança quanto aos critérios para que essa utilização respeite os direitos já estabelecidos, considerando as complexidades técnicas e jurídicas, garantindo uma melhor transparência e segurança jurídica, com parâmetros e diretrizes bem definidas.

O estabelecimento de diretrizes para utilização de Inteligência Artificial tem sido uma preocupação ao redor do mundo de uma forma geral, dado o grande avanço global de sua utilização, e não diferentemente deve ser ao se pensar de forma mais específica a sua utilização para todas as análises existentes na relação entre precedentes repetitivos e Inteligência Artificial.

De um modo geral, essas críticas têm se relacionado às preocupações para o estabelecimento de diretrizes que estabeleçam na utilização de Inteligência Artificial padrões éticos e morais, respeitando e promovendo equidade e os direitos fundamentais e civis já estabelecidos, trazendo transparência e um padrão de segurança para essa utilização.

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, o CNJ publicou no ano de 2020 a Resolução 332 que, de acordo com matéria publicada em seu Portal,<sup>1</sup> “estabelece diretrizes

1. “Para garantir o uso da tecnologia com ética, transparência e governança, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou, em agosto do ano passado, a Resolução 332/2020, que trata

para o desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial, para contribuir com agilidade e coerência no processo de tomada de decisão nos órgãos judiciais”, dispondo “sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário”.

Entre as diretrizes trazidas pela Resolução CNJ 332/2020, observando-as sob uma visão mais voltada às diretrizes esperadas para as análises existentes na relação entre precedentes repetitivos e Inteligência Artificial, pode-se destacar o art. 5º, ao dispor que “A utilização de modelos de Inteligência Artificial deve buscar garantir a segurança jurídica e colaborar para que o Poder Judiciário respeite a igualdade de tratamento aos casos absolutamente iguais”<sup>2</sup>.

Verifica-se com esse dispositivo relacionado no capítulo que trata sobre o respeito aos direitos fundamentais, uma importante diretriz por elencar a busca pela garantia de segurança jurídica, assim como a igualdade de tratamento para casos iguais, estando totalmente alinhada ao que se espera no tratamento de demandas que se referem a precedentes repetitivos, sendo o que igualmente se espera quando esses sejam tratados por auxílio de ferramentas de Inteligência Artificial.

### 2.1. A diferença entre as análises pertinentes aos precedentes repetitivos via Inteligência Artificial

As análises realizadas pelas diferentes Inteligências Artificiais sobre a identificação e aplicação dos precedentes qualificados já são fruto da realidade nos Tribunais brasileiros, tanto em nível superior quanto em Tribunais de segundo grau, incluindo, muitas vezes, a utilização no primeiro grau.

É o chamado juízo de conformação<sup>3-4-5</sup> entre o precedente judicial (ou o tema afetado e sua realidade fática) e os casos afetados ou os futuros, aqueles que serão

---

sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário”. A norma estabelece diretrizes para o desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial, para contribuir com agilidade e coerência no processo de tomada de decisão nos órgãos judiciais. A Resolução aborda os seguintes pontos: aspectos gerais; respeito aos direitos fundamentais; não discriminação; publicidade e transparência; governança e qualidade; segurança; controle do usuário; pesquisa, desenvolvimento e implantação de serviços de Inteligência Artificial; prestação de contas e responsabilização.” Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/etica-e-transparencia/#:~:text=3320%2F2020%2C%20que%20trata%20sobre,de%20decis%C3%A3o%20nos%20C3%B3rg%C3%A3os%20judiciais].

2. Resolução 332, de 21.08.2020. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429]. Acesso em: 05.11.2023.
3. Ou também chamado de juízo de conformidade, conforme a Prof. Teresa Arruda Alvim se manifestou em palestra no STF. “Juízo de conformidade. O tema da última palestrante,

julgados em conformidade com o precedente, principalmente o repetitivo, a ser criado ou já existente.

Os julgamentos devem ser conforme o que se adotou como paradigmático na amostragem que formou o precedente judicial a ser replicado. Se há replicação a ser realizada, com o julgamento de casos-pilotos e a formação de uma tese jurídica, os demais casos devem ser conformados aos limites da incidência da própria definição anterior, tanto para aplicar o precedente judicial quando houver uma identidade fático-jurídica quanto para deixar de aplicar e até retirar da suspensão/sobrestamento quando esta identidade não se configurar.

As Inteligências Artificiais são mecanismos dotados de métodos de aprendizado, construídas a partir de algoritmos previamente programados, como uma sequência do que deve ser realizado<sup>6</sup>, seja com o intuito de meramente repetir a programação, seja com o intuito de repetir a programação e ainda aprender e desenvolver a sua própria funcionalidade a partir da sua atividade ou uso.

A utilização da Inteligência Artificial já é uma realidade em diferentes modos pelo Judiciário brasileiro, principalmente com a automação em pontos de tarefas meramente repetitivas, sem a necessidade de uma cognição ou que detenha uma

---

professora Teresa Arruda Alvim, foi o juízo de conformidade e a questão da superação e da distinção de precedentes formados sob a sistemática da repercussão geral. Na sua avaliação, o tribunal de origem só pode negar seguimento ao recurso extraordinário se o caso for absolutamente idêntico ao já julgado. O juízo de valor a respeito da conveniência de decidir o caso novo à luz de uma tese jurídica é exclusivo do STF.” Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473543&ori=1#:~:text=Juízo%20de%20conformidade&text=Na%20sua%20avaliação%2C%20o%20tribunal,jurídica%20é%20exclusivo%20do%20STF>].

4. “O Juízo de Conformação é um instrumento essencial para a consolidação da sistemática de precedentes no direito brasileiro. Sua aplicação permite a uniformização dos atos decisórios, a consolidação das teses e a autoridade das decisões tomadas em caráter vinculante pelos tribunais brasileiros. É, precipuamente, uma garantia da segurança jurídica em nosso ordenamento”. FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Juízo de Conformação e Lei de Improbidade Administrativa após julgamento do Tema 1.199/RG*. Disponível em: [[www.conjur.com.br/2024-abr-30/o-juizo-de-conformacao-e-a-lei-de-improbidade-administrativa-apos-o-julgamento-do-tema-1-199-rg/](http://www.conjur.com.br/2024-abr-30/o-juizo-de-conformacao-e-a-lei-de-improbidade-administrativa-apos-o-julgamento-do-tema-1-199-rg/)].
5. O nome é utilizado pela doutrina em suas duas variações, porém, de certa maneira, todo julgamento é um julgamento em conformidade com algum parâmetro, seja com a lei, por exemplo, seja com o caso em concreto, apesar de que se adotou como sinônimo de “conforme o precedente anteriormente firmado.”
6. DOMINGOS, Pedro. *O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo*. São Paulo: Novatec Editora, 2017. p. 24.

decisão em si, como nas diferentes espécies Inteligência Artificiais envoltas ao sistema Sisbajud e a evolução da penhora de ativos financeiros<sup>7</sup>.

A Inteligência Artificial não para somente na automação clara para promover a celeridade a partir da substituição de tarefas que se repetem, mas também de têm utilidade de identificação de processos e proposição de julgamentos<sup>8-9</sup>, o recorte desta pesquisa, mais notadamente quando versa sobre a sua interligação com os precedentes repetitivos.

Os precedentes, inclusive os repetitivos, não serão criados com base na Inteligência Artificial, porém, em momento posterior, é possível a utilização destas para o auxílio sobre o impacto do julgamento realizado, da formação do precedente judicial para os demais casos.

O intuito dessa utilização da Inteligência Artificial não é substituir o juiz, o julgador, até pelo fato de que um dos princípios que se cobra dentro da utilização da Inteligência Artificial é a participação humana em todo o ciclo, com a clara supervisão humana, com a decisão sendo claramente humana ao final de todo o trabalho e contribuição.

A busca é pela efetividade, diante de uma funcionalidade propícia para o julgamento de maneira mais célere, pela própria capacidade da Inteligência Artificial, com base em programação algorítmica e dos dados programados, exercer uma qualidade na identificação de processos, separação, entendimento de argumentos, pesquisa de jurisprudência e enquadramento de casos e possibilidade de construção de proposições decisórias para as questões.

O intuito deve ser sempre auxiliar o papel de otimizar, ainda mais quando se intersecciona com o sistema de precedentes, sobretudo o de repetitivos, com multiplicidades existentes e milhares/milhões de processos, retirando a carga de análise

---

7. Sobre essa evolução: Disponível em: [[www.cnj.jus.br/inovacao-no-sisbajud-permite-preservacao-de-sigilo-das-ordens/](http://www.cnj.jus.br/inovacao-no-sisbajud-permite-preservacao-de-sigilo-das-ordens/)].

8. “É interessante ressaltar que a IA possui objetivos que vão desde a repetição de atos até a possibilidade de substituição de determinadas autonomias humanas, como análise, a contextualização e trocas de dados. Isso se faz possível através dos algoritmos, que se per fazem em um processo ordenado por regras que diz como se deve proceder para resolver um determinado problema” GAIO JR., Antônio Pereira; SILVA, Fábia Antonio. Direito, processo e inteligência artificial. Diálogos necessários ao exercício da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 17, v. 24, n. 1, jan.-abr. 2023. p. 66.

9. TEIXEIRA, João de Fernandes. *Mentes e máquinas: uma introdução à ciência cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998. p. 20.

pormenorizada humana, com a possibilidade de auxiliar em identificar cada processo e similaridades.

Se um dos problemas de jurisdição é justamente o esgotamento da capacidade judicante do Judiciário, ao menos no aspecto humano, e na sobrecarga de trabalho e o congestionamento processual, as Inteligências Artificiais significam um ganho temporal.

Trata-se de um avanço em termos de auxiliar a prestação jurisdicional, sobretudo no recorte desta pesquisa, quando se alinha com os precedentes judiciais como um todo, o que já se percebe o intuito de otimização da própria decisão judicial e pode-se alinhar a mais celeridade com as Inteligências Artificiais.

E o intuito não deve ser somente em gerar celeridade, mas também em redimensionar a qualidade da decisão judicial e a utilização de precedentes existentes, sem que a decisão seja construída com uma preconcepção do juiz e que somente se busque jurisprudências que se encaixem ao que já se decidiu<sup>10</sup>.

O intuito deve ser decidir com a integridade e coerência ao ordenamento como um todo, incluindo precedentes.

Se as Inteligências Artificiais detêm uma rapidez de processamento de dados inimaginável ao ser humano, com a possibilidade de entender cada processo em questão de minutos, é possível que seja utilizada para aprimorar o sistema de repetitivos, não para substituir a condição humana do julgador, mas para apresentar-lhe as melhores utilizações e proposições, identificando cada um dos pontos em que pode melhorar na relação precedente e caso a ser julgado com base no precedente.

A partir das Inteligências Artificiais existentes, cada um tem uma função pré-programada, como para utilizar e analisar inadmissibilidades recursais<sup>11</sup>, identificação

10. “Não é difícil de observar que, no Brasil, a aplicação de um precedente acontece, primeiramente, com a escolha arbitrária de uma das interpretações trazidas pelas partes e, posteriormente, a escolha se confirma com uma rápida e simples busca em algum repositório de jurisprudência por julgados (escolhidos seletivamente pelo intérprete) que convêm à tese, ignorando-se os que lhe são contrários”. MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2. p. 228.

11. Uma das programações do Sócrates 2.0: “Identificação de recursos potencialmente inadmissíveis: O Sócrates 2.0 também indica a ausência de requisitos na interposição do REsp, reduzindo o tempo gasto na atividade de admissibilidade recursal, tais como: 1) ausência de indicação do permissivo constitucional; 2) ausência de indicação do dispositivo violado; 3) alegação de ofensa a norma constitucional, não federal ou infralegal;

e classificação de repercussão geral<sup>12</sup>, outras para identificar determinadas matérias<sup>13</sup>, realizar alguma tarefa em específico e até realizar proposição para julgamento, dentro do que se programou.

Dentro dessas possibilidades, torna-se totalmente possível a programação dentro do sistema de repetitivos, respeitando os princípios base para a própria relação de jurisdição e Inteligência Artificial.

Nesse ponto, cada Inteligência Artificial a ser usada – principalmente pela pluralidade de formatações e criações pelos Tribunais, ao ser utilizada para o auxílio de identificação e análise de processos que sejam impactados por precedentes repetitivos – deve seguir uma base, uma série de critérios fechados para que possa, ao mesmo tempo, promover a funcionalidade que se almeja e possibilitar o devido processo legal, a participação das partes, o não açoitamento da decisão judicial como a busca incessante de pular fases.

---

4) dispositivo violado não associado a controvérsia; 5) ausência de dispositivo interpretado divergentemente; 6) ausência de paradigma; 7) indicação de paradigma não vinculado a dispositivo interpretado divergentemente; 8) indicação de paradigma oriundo do mesmo tribunal do acórdão recorrido; 9) dispositivo interpretado divergentemente não associado a controvérsia; 10) paradigma não associado a controvérsia, dentre outros”. CHAVES, Guilherme Veiga; VEIGA, Elizabeth. *A inteligência artificial na formação dos precedentes do STJ: Sistema Sócrates 2.0*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/346278/a-inteligencia-artificial-na-formacao-dos-precedentes-do-stj].

12. “um sistema composto de algoritmos baseado no deep learning que propicie a automação de análises textuais desses processos, a fim de identificar os temas mais recorrentes de repercussão geral. De acordo com os pesquisadores envolvidos nesse projeto 4, o algoritmo do programa Victor não tomará a decisão final acerca da repercussão geral, sendo sua atuação restrita à organização de tais processos, a fim de identificar de forma mais clara e consistente os temas mais recorrentes veiculados nos recursos extraordinários sob o regime de repercussão geral”. PINTO, Henrique Alves. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões por uma necessária accountability. *RIL*, Brasília, a. 57, n. 225, jan.-mar. 2020. p. 48.
13. Nesse caso, a inteligência artificial Leia Precedentes é programada para identificar processos que devem ser suspensos pela afetação de precedentes de Tribunais Superiores a serem formados: “O Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM) passou a utilizar nesta segunda-feira (02) uma ferramenta de Inteligência Artificial (AI) voltada para a otimização dos trabalhos desenvolvidos pelos magistrados de 1º e 2º Graus. Batizada de ‘LEIA (Legal Inteligente Advisor) Precedentes’, a ferramenta consegue identificar processos que podem ser sobrestados (suspensos) mediante a vinculação aos chamados Temas de Precedentes dos Tribunais Superiores.” Disponível em: [www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/2190-tjam-adota-ferramenta-de-inteligencia-artificial-capaz-de-identificar-processos-que-podem-ser-vinculados-a-temas-de-precedentes-dos-tribunais-superiores].



A celeridade e funcionalidade não devem ser confundidas com atropelo do processo, com a necessidade de que haja uma programação que almeje o contraditório e o devido processo legal.

A própria formatação e o desenvolvimento de sistemas de Inteligência Artificial devem seguir padrões que, de modo geral – como se preconiza no Projeto de Lei 2338/2023, que dispõe sobre o uso da inteligência artificial no seu sugerido art. 3º<sup>14</sup> –, devem observar a boa-fé e uma série de princípios.

O cerne deve ser conciliar a utilização da inteligência artificial com os princípios anteriormente citados<sup>15</sup>, como devido processo legal, transparência, da fundamentação das decisões judiciais e o contraditório, sem ignorar os atores processuais.

Isso com o intuito de que todos estejam preparados para que a prestação jurisdicional a partir de auxílio de Inteligências Artificiais, sobretudo na relação com precedentes repetitivos, possa garantir uma melhoria e efetividade do Judiciário e da jurisdição.

Dessa maneira, é possível entender que há um devido processo legal tecnológico, na ótica da necessidade de inserção de todos os atores e que haja uma criteriosa supervisão humana, justamente para que se previna erros, utilizando o que a inteligência artificial possa colaborar, sem um uso desenfreado processualmente.

A utilização da Inteligência Artificial, inclusive sobre os precedentes repetitivos e seus impactos, o recorte desta pesquisa, deve ser com o intuito de propor, de

- 
14. Projeto-lei 2338/2023 – Art. 3º O desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de inteligência artificial observarão a boa-fé e os seguintes princípios: I – crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; II – autodeterminação e liberdade de decisão e de escolha; III – participação humana no ciclo da inteligência artificial e supervisão humana efetiva; IV – não discriminação; V – justiça, equidade e inclusão; VI – transparência, explicabilidade, inteligibilidade e auditabilidade; VII – confiabilidade e robustez dos sistemas de inteligência artificial e segurança da informação; VIII – devido processo legal, contestabilidade e contraditório; IX – rastreabilidade das decisões durante o ciclo de vida de sistemas de inteligência artificial como meio de prestação de contas e atribuição de responsabilidades a uma pessoa natural ou jurídica; X – prestação de contas, responsabilização e reparação integral de danos; XI – prevenção, precaução e mitigação de riscos sistêmicos derivados de usos intencionais ou não intencionais e de efeitos não previstos de sistemas de inteligência artificial; e XII – não maleficência e proporcionalidade entre os métodos empregados e as finalidades determinadas e legítimas dos sistemas de inteligência artificial.
  15. De modo geral: FACHIN, Jéssica; FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. Princípios de inteligência artificial. *Constituição, economia e desenvolvimento: Revista Eletrônica Da Academia Brasileira De Direito Constitucional*, 14(26), 362-381. 2022.

auxiliar, de identificar e selecionar casos, com a separação em listas para o auxílio pertinente para a decisão humana, não em decidir automaticamente, com a necessidade sempre de atualizações pertinentes<sup>16</sup>.

A construção de cada Inteligência Artificial deve entender cada momento de sua utilização e sua fase processual, sua função e seu mérito, com a possibilidade de explicabilidade<sup>17</sup> sobre os pontos em que esta utiliza e os critérios, que serão desenvolvidos adiante.

Nem toda relação entre o precedente repetitivo e o caso em concreto é igual, o que deve permitir que a Inteligência Artificial seja programada para cada tarefa diferente, com base em critérios e padrões totalmente diferentes.

Não significa que uma Inteligência Artificial que relaciona e auxilia no trato de precedentes repetitivos e os demais processos realizem a mesma tarefa, a relação não é estanque e fácil dessa maneira, mas muito mais complexa.

Para que seja possível conseguir que os princípios processuais sejam respeitados, para que haja uma justiça e equidade, sem qualquer discriminação ou erro, é necessário que as programações entendam cada momento diverso do precedente repetitivo e sua aplicabilidade.

O intuito é de prevenir e até precaver-se de riscos de afetações inadequadas, utilizações inadequadas de precedentes repetitivos em casos que não guardem similitude fática, tudo enquadrando o funcionamento das Inteligências Artificiais que lidam com repetitivos a cada função, a cada critério.

---

16. “Será imprescindível, desse modo, assentar algumas balizas: a) o sistema computacional apenas poderá ser utilizado como auxílio à tomada de decisão; b) haverá sempre a necessidade de o Tribunal indicar que se valeu da ferramenta de inteligência artificial generativa; c) Deverão ser evidenciados parâmetros mínimos de explicabilidade da IA; d) o juiz deverá realizar adequada supervisão técnica da ferramenta; e e) a base de dados deve ser revisada periodicamente” VALE, Luís Manoel Borges do; BONAT, Déborah; PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. *Inteligência artificial generativa e a fundamentação da decisão judicial. Revista de Processo*, São Paulo, v. 346, 2023. p. 7.

17. “O princípio da explicabilidade (...) consiste na compreensão pelos seres humanos do que está sendo oferecido a eles no que se relaciona à aplicação da IA. Desse modo, ao se adquirir determinados produtos que são desenhados para automatizar as tarefas por meio do emprego da IA, deve-se compreender como as decisões são formadas, como se desenvolve uma machine learning, quem é responsável por eventuais danos etc.” LIMA, Cíntia Rosa Pereira; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; RUIZ, Evandro Eduardo Seron. *Inteligência Artificial e Personalidade Jurídica: aspectos controvertidos*. In: BARBOSA, Mafalda Miranda et al. *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 121.

As funções das Inteligências Artificiais, na utilização com os precedentes repetitivos, devem ser construções a partir de cada momento e relação entre o precedente repetitivo e o caso a ser analisado, com estas delimitações: (i) análise para a identificação dos processos afetados durante a formação do precedente repetitivo; (ii) a análise para a aplicação do precedente repetitivo formado e os processos afetados; (iii) a análise para a identificação dos processos futuros e a aplicação do precedente repetitivo; e (iv) para a identificação e análise de argumento de distinção e superação em processos futuros.

Nos próximos subtópicos, analisar-se-á cada uma dessas delimitações e as necessidades claras de critérios para cada um desses pontos, diferenciando o que as Inteligências Artificiais devem prever para cada uma dessas situações.

### 2.1.1. *A análise para a identificação dos processos afetados durante a formação do precedente repetitivo*

Diante de uma afetação realizada pelo STJ para julgamento repetitivo, com a decisão pela suspensão e sobrestamento de todos os processos que versem sobre a mesma questão fático-jurídica, o Tribunal Superior deve informar aos demais Tribunais que esta matéria está afetada para a formação de precedente repetitivo e, a partir disso, que todos os processos que geram a repetição que motivou a afetação sejam suspensos/sobrestados.

Quando o STJ determina essa afetação<sup>18</sup> e oficia aos Tribunais para que sejam sobrestados os processos<sup>19</sup>, a Inteligência Artificial utilizada por cada Tribunal de segundo grau deve ser minuciada com todas as informações da decisão de afetação, para que seja possível entender os critérios e limites dessa decisão.

A decisão de afetação é de suma importância, inclusive deve sempre se ter a preocupação sobre a qualidade dessa decisão de afetação, sobre a limitação clara material e os fatos que serão considerados nos limites do que será discussão em repetitivo, retirando o que não é repetitivo também.

18. “a decisão de afetação era o norte para a disseminação do impacto da decisão tomada a respeito dos recursos repetitivos, uma vez que nela fica delimitada a questão que será levada a julgamento”. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo. Ed. RT. 2016. p. 2382.
19. É essa a análise realizada nesse momento: “O intuito é, num primeiro momento, delimitar a matéria, de forma clara e concisa, sobre o que se julga de forma repetitiva, após saber os limites da afetação e proceder a suspensão dos demais processos em todo o território nacional”. LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos Tribunais*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 745.

A partir disso, a Inteligência Artificial deve realizar a triagem de todos os processos desse tema que estão nos Tribunais, tanto em segundo grau quanto em primeiro grau, dependendo dos limites que o próprio STJ determinou, nos limites materiais do que ocorreu de afetação.

O momento não é de aplicação do precedente repetitivo, até pelo fato de que não existe um precedente ainda, somente uma indicação de que a matéria foi afetada e que será formado o incidente para que o precedente repetitivo seja construído, com a alteração de competência para um colegiado maior, com autoridade para que o precedente seja firmado, ampliação do contraditório, com mais manifestações além das partes.

A Inteligência Artificial não deve ser programada, nesse momento, para a aplicação do precedente repetitivo, mas da identificação, diante da analogia, dos processos que são similares à questão afetada.

O trabalho da Inteligência Artificial não é sobre a decisão o precedente em si, por ainda não existir, mas sobre a decisão de afetação e de modo mais aberto, sobre somente a identificação do processo pela similitude da questão e o sobrestamento.

Identificado que o processo se enquadra na situação da decisão de afetação, este deve ser sobrestado, caso assim seja o comando da própria afetação.

Não é uma programação da Inteligência Artificial para aplicar o precedente repetitivo, somente para que analise quais os processos serão afetados e aguardarão o precedente futuro.

É uma clara relação entre o sistema de repetitivo e a Inteligência Artificial, porém de um modo ainda preparatório para o precedente repetitivo, ainda que seja crucial.

Não seria uma questão de repetibilidade ainda, tampouco uma questão de confiabilidade em replicar a decisão formada, somente a identificação clara de que os algoritmos devem ser programados de maneira a focar somente na identificação fática entre a afetação e cada caso.

A confiabilidade deve ser na melhor identificação fática, na analogia possível entre o caso em concreto existente e a decisão de afetação, dentro de seus critérios, mas não na aplicação do precedente repetitivo em si, uma vez que este nem existe e que o momento processual é somente de separação dos processos que são e serão impactados pelo precedente repetitivo a ser formado.

Os critérios-base para essa questão são: (i) a *inserção dos dados* na inteligência artificial a decisão de afetação; (ii) o *entendimento* sobre os limites fático-jurídicos da decisão de afetação; (iii) a *busca pela identificação* dos limites fático-jurídicos da decisão de afetação em outros processos; (iv) a *demonstração* de similitude fático-jurídica

no processo pesquisado; (v) a *proposição* para a inclusão do processo entre os afetados e a decisão de suspensão/sobrestamento.

Se a Inteligência Artificial detiver todos esses critérios bem definidos, com auditabilidade e transparência, sobretudo de sua utilização para a identificação anteriormente mencionada, o seu auxílio possibilita, ao menos num primeiro momento, o devido processo legal e uma confiabilidade na utilização da própria Inteligência Artificial.

O cuidado deve ser em suspender, a partir do enquadramento realizado, os processos realmente que dialogam com a discussão do tema repetitivo em andamento, almejando que não se sobreste processos que não se enquadrem<sup>20</sup>.

No entanto, é prudente entender que deve-se possibilitar o devido contraditório, principalmente nesse ponto, com a possibilidade, se for o caso, de intimação das partes para se manifestar sobre esse enquadramento que a Inteligência Artificial propôs para o caso em concreto e a decisão de afetação.

Esse é o ponto em que há a possível contestabilidade<sup>21</sup>, inclusive com o que o art. 1.037, § 8º, do CPC preconiza quando dispõe que as partes devem ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo quando enquadrável em determinado tema repetitivo recém-criado, o que seria prudente até uma decisão anterior à suspensão e ao sobrestamento, apesar da previsão legal ser esse ato suspensivo direto.

O CPC descreve ainda que as partes que discordarem<sup>22</sup> da suspensão devem requerer a distinção do seu caso tido como afetado e sobrestado, com um pedido

---

20. “O agente inteligente, em meio ao ambiente de grande número de demandas repetitivas, poderá auxiliar o julgador a partir da percepção do padrão almejado, efetuando a correta e imediata aplicação e distinção dos processos passíveis de serem submetidos a esse padrão, isto é, à questão jurídica debatida no âmbito do incidente ou, ainda, de recurso especial/extraordinário. Isso reduzirá as probabilidades de processos suspensos equivocadamente, além de agilizar a comunicação aos processos afetos, para que estes sejam tão logo suspensos, evitando trâmites processuais desnecessários” SABO, I. C.; ROVER, A. J. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas através do aprendizado de máquina. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, 2020. p. 90.

21. A importância da contestabilidade em todos as análises: “A contestabilidade e a possibilidade de revisão pressupõem inteligibilidade, em termos humanos, ou seja, a existência de um conjunto de critérios determinantes que fundamentem certa decisão” MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORENCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2021. p. 159.

22. “Suspensão indevida. Medidas cabíveis. Havendo suspensão indevida da tramitação de algum processo, deverá a parte requerer o prosseguimento de seu processo a um dos órgãos

específico sobre esse ponto<sup>23</sup>, para que seja retirado dessa situação em que foi inserido pela decisão proferida pelo juiz do processo em primeiro grau, pelo relator quando ainda pendente de recurso ou pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal quando for o sobrestamento de Recurso Especial.

Possibilitado o contraditório após esse requerimento para a retirada da suspensão pela distinção, pela não inclusão do caso em concreto nos limites da decisão de afetação, o juízo competente deve decidir pela manutenção do processo na suspensão ou por retirá-lo, caso não seja realmente um caso para aguardar a formação do repetitivo, o que seria um erro de enquadramento.

É um exemplo da contestabilidade o próprio CPC inserir para a decisão de afetação e seus reflexos, seu efeito cascata em todos os processos que serão sobrestados no Brasil inteiro, possibilitando a decisão de suspensão, o contraditório, a decisão de manutenção ou não da inclusão nos afetados do julgamento repetitivo por vir (e a suspensão), com a possibilidade de recurso sobre essa decisão, qualquer que seja o resultado, dependendo do interesse recursal existente.

Se há contestabilidade em uma decisão ou análise que é feita por cada juiz, em cada órgão jurisdicional com a sua equipe, caso não tenha o auxílio ainda da Inteligência Artificial, também ocorre a contestabilidade quando a inclusão desse processo entre os afetados e a sua suspensão e sobrestamento foi proposto por essa análise e acatada pelo juízo responsável.

Não se pode entender que seria diferente a análise 100% (cento por cento) humana com contestabilidade e a análise proposta pela Inteligência Artificial e acatada pelo juiz não pudesse sofrer a mesma contestabilidade, até pelo fato de que esta abertura de

---

indicados no § 10 do art. 1.037 do CPC/2015, que, observado o contraditório (§ 11 do art. 1.037 do CPC/2015), decidirão de acordo com o que dispõe o § 12 do CPC/2015). Não é a presidência do tribunal local, mas o relator do acórdão recorrido quem decide se é caso de tramitação do recurso extraordinário ou especial prosseguir (cf. art. 1.037, § 10, III), sendo sua decisão impugnável por agravo interno (cf. art. 1.037, § 13, II do CPC/2015)” MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT. 2015. p. 954. “Frise-se que a parte apenas tem o direito de atacar a indevida suspensão do andamento recursal, amparada na diversidade entre a questão versada no recurso-amostra e aquela(s) veiculada(s) no seu recurso”. TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. São Paulo – Tese de Livre-Docência, USP, 2008. p. 69.

23. LEMOS, Vinicius Silva. Distinguishing e o Pedido de Distinção: as Diferenças entre os institutos no Novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica*, (Porto Alegre. 1953), v. 1, p. 53-68, 2016.

impugnação é para a melhoria do próprio andamento do sistema de repetitivos, o que importa em incluir quando utilizar-se a Inteligência Artificial como auxiliar.

Essa possibilidade de contestabilidade, diante da utilização da Inteligência Artificial para a identificação de processos para serem afetados, demonstra a possibilidade de mitigação de riscos de sobrestar um processo que não detém similitude fática com a decisão de afetação e o futuro precedente repetitivo a ser formato.

### 2.1.2. *A análise para a aplicação do precedente repetitivo formado e os processos afetados*

A formação do precedente repetitivo ocorre quando o julgamento do colegiado maior (seção ou corte especial do STJ) decide a questão jurídica, esta questão deve ser replicada para todos os processos que estão afetados, ou seja, sobrestados.

Se o próprio instituto dos repetitivos é um meio de formação de precedentes por um julgamento por amostragem, diante da escolha de causa-piloto para servirem como representativos da controvérsia e serem julgados, o intuito é que não seja necessário que todos os Tribunais<sup>24</sup>, sobretudo os Superiores, tenham que enfrentar todos os processos, ainda mais pela existência de multiplicidade<sup>25</sup>, com milhares ou milhões de processos idênticos ou com a mesma questão de direito debatida.

Como dito, o julgamento em repetitivo é justamente uma técnica de julgamento por amostragem, como um meio de identificar a multiplicidade de recursos que versem sobre a mesma questão de direito, com o intuito de afetar essa questão e possibilitar uma discussão maior, com um contraditório ampliado no Tribunal Superior para julgar somente os processos que foram escolhidos como representativos da controvérsia, com o intuito de serem replicados posteriormente na multiplicidade de processos, com o sobrestamento destes para o aguardo dessa resolução.

---

24. Ainda sobre os repetitivos no ordenamento processual anterior: “pretende, de um lado, conter a remessa de grande número de apelos reiterados e, de outro, instituir a vinculação da decisão aos casos repetidos.” ARAÚJO, José Henrique Mouta. O julgamento dos recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C do CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 65, São Paulo, 2008. p. 59.

25. No caso da tutela pluri-individual, a sua instauração pressupõe uma grande quantidade de casos em que a mesma tese jurídica esteja sendo discutida, daí a legislação frequentemente utilizar a expressão “multiplicidade de casos”, como ocorre no art. 103-A da CF, ao tratar da súmula vinculante, e nos arts. 543-B e 543-C do CPC, ao disciplinar os recursos extraordinário especial repetitivos, respectivamente” DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 77.



Julga-se uma amostra<sup>26</sup>, replica-se nos demais<sup>27</sup>.

Com a afetação realizada, a matéria definida e delimitada, sobrevivendo o julgamento da questão repetitiva, a tese jurídica é fixada, com a necessidade de que haja a replicação dessa definição para os demais processos que são os afetados.

Esse é o cerne do julgamento em repetitivo e dos próprios julgamentos em amostragem.

Sem a Inteligência Artificial, o trabalho analítico deve ser realizado dentro do próprio STJ, caso ainda tenha algum recurso especial sobre a matéria, com identidade fático-jurídica, mas, sobretudo, pelos Tribunais de segundo grau, dentro dos parâmetros realizados no sobrestamento, se somente recursos especiais já interpostos, recursos de segundo grau em trâmite ou ainda em primeiro grau.

Utilizando a Inteligência Artificial, esta deve ter a inserção dos dados da própria formação do precedente repetitivo, os limites da afetação, a questão tida realmente como repetitiva e que gera a vinculação, os argumentos expostos por todos os participantes do julgamento repetitivo, as refutações e os argumentos que formam o repetitivo, diante dos limites fáticos preestabelecidos que formam a questão.

A partir desse conjunto de dados inseridos na Inteligência Artificial e definidos nos algoritmos, é possível que analise cada caso que está afetado, com a replicação do caso em si, possibilitando que seja viável uma proposta de decisão que enquadre o precedente repetitivo ao caso, diante de sua realidade.

Esse ponto sobre o enquadramento do precedente repetitivo ao caso depende da análise sobre todos os fatos, os limites e a devida intersecção entre as *rationes decidendi* entre o precedente e o caso em concreto.

Contudo, o resultado prático pode variar, por exemplo, com uma apelação em determinado processo que impugnar uma sentença que aplicou o entendimento que posteriormente seria o precedente repetitivo, o que ensejaria uma proposição de um improvidamento recursal.

- 
26. “julgam alguns recursos excepcionais para a fixação, mediante os casos em concreto com similitude fática, uma tese jurídica abstrata, a qual proporcionará um impacto aos demais, numa real situação de transcendência repetitiva, quando se debruçam sobre alguns para resolver a questão num aspecto maior”. LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e Processos nos Tribunais*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2023. p. 729.
27. “para que seja preservado o princípio da igualdade, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados”. ARRUDA ALVIM, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, ano 34, jun. 2009. p. 144.

Ou, de maneira inversa, numa apelação em que a sentença impugnada decidiu de modo que não seria o que veio a ser formado como precedente, o intuito deve ser propor o provimento desta, com base nesse enquadramento.

A aplicação do precedente repetitivo deve ser na solução da questão jurídica em si, dependendo da fase processual e cognitiva que aquele caso em concreto se encontre e como ele deve se relacionar com o repetitivo.

De certo modo, essa relação talvez seja a menos trabalhosa para a Inteligência Artificial em si, dentro da sua relação com os precedentes repetitivos.

Isso pelo fato de que a identificação do caso em concreto, entre todos aqueles em andamento, em todos os juízos, já foi realizada anteriormente pela decisão de afetação e pela utilização da Inteligência Artificial para propor a suspensão, o que a torna somente um efeito cascata da decisão que firmou o precedente repetitivo e que criou a tese jurídica.

A tese jurídica será replicada entre processos, ao menos nesse ponto, que já foram separados e sobrestados.

Os processos afetados pelo julgamento repetitivo já estão, a princípio, sobrestados no aguardo do procedimento repetitivo ser definido.

Com a definição da questão repetitiva e a sua devida vinculação para todos os casos idênticos, nos moldes da multiplicidade existente, a tese jurídica formada será aplicada em todos esses casos, o que ensejaria o efeito cascata, a utilização do precedente repetitivo para todos os casos que estão sobrestados, aguardando justamente esse ponto.

Se o entendimento for que a inserção de dados que possibilitem a identificação de casos análogos/idênticos em todo o Judiciário seja o mais complexo, esse ponto seria somente replicar nos processos já identificados, já separados, o que torna, de certo modo, a análise da Inteligência Artificial menos impactante ou contestável.

Nesse caso, pelo fato de que o trabalho mais complexo de identificação já ocorreria anteriormente, como reflexo da decisão de afetação e o sobrestamento dos processos afetados.

Nessa hipótese, os critérios-base para esse momento processual da relação entre a tese jurídica repetitiva e os processos afetados são: (i) a *inserção dos dados* na Inteligência Artificial da decisão do repetitivo e a sua tese jurídica; (ii) o *entendimento* sobre os limites fático-jurídicos da decisão do repetitivo e a sua tese jurídica; (iii) a *proposição* da aplicação do precedente repetitivo e a sua tese jurídica ao caso afetado, com a procedência/provimento ou improcedência/improvimento, dependendo da fase em que o processo afetado estiver.

Com os processos afetados identificados e sobrestados, a auditabilidade e transparência ficam menos complexas para esse momento processual, inclusive,

a contestabilidade é atenuada por todos esses pontos serem mais sensíveis no momento de identificar e sobrestar os processos, deixando-os no aguardo para esse segundo momento processual.

Esses critérios-base para a aplicação real do precedente repetitivo e a tese jurídica terão menor contestabilidade, justamente por toda a formatação processual das partes poderem questionar essa inclusão prevista, como dito, no art. 1.037, § 8º, do CPC.

Uma vez incluído o processo como afetado a tema repetitivo, com o seu sobrestado e possíveis discussões com base em contestabilidade pela distinção, com a estabilidade pela não suscitação ou a suscitação e a decisão realizada mantendo-o na base de sobrestados, a aplicação do precedente repetitivo e a tese jurídica em si passam a ter critérios-base mais aceitáveis nessa aplicação, pela conformação da parte pelo momento anterior e a similitude fática com a questão jurídica afetada.

Desse modo, a confiabilidade é mais fácil com uma gama de processos sobrestados aguardando um precedente repetitivo e sua tese jurídica, sem gerar grandes impactos em sua aplicação, com o mínimo de contestabilidade, se todas as informações estiverem corretas pela Inteligência Artificial e dentro dos critérios-base mencionados.

Outro ponto será se na decisão de afetação não se optou pelo sobrestamento dos processos, o que torna essa fase uma junção entre a anterior, do ponto 4.5.1 e esta, pelo fato de que o processo em que se aplicará o precedente repetitivo ainda deve ser identificado, com a análise e trabalho da Inteligência Artificial para interseccionar os processos existentes e a decisão de afetação.

E, ao mesmo tempo, já propor a utilização do precedente repetitivo, moldando ao caso em concreto, optando pela procedência ou improcedência, pelo provimento ou improvimento recursal etc.

Sem a suspensão dos processos pela decisão de afetação, com uma opção do STJ pelo não impacto de sobrestamento imediato, quando o precedente repetitivo for firmado, com a sua tese jurídica formada, os critérios-base serão uma intersecção do item anterior com os constantes neste item.

Por essa escolha do STJ na afetação sem suspensão, a Inteligência Artificial deverá ter uma gama de critérios maior, sendo estes: (i) a *inserção dos dados* na inteligência artificial da decisão de afetação e da decisão do repetitivo e a sua tese jurídica; (ii) o *entendimento* sobre os limites fático-jurídicos da decisão de afetação e da questão jurídica decidida pelo repetitivo; (iii) a *busca pela identificação* dos limites fático-jurídicos da decisão de afetação e da questão jurídica decidida pelo repetitivo em outros processos; (iv) a *demonstração* de similitude fático-jurídica no processo

pesquisado; (v) a *proposição* da aplicação do precedente repetitivo e a sua tese jurídica ao caso afetado, com a procedência/provimento ou improcedência/improviamento, dependendo da fase em que o processo afetado estiver.

Nessa situação definida desde a afetação sem suspensão dos processos afetados, sem identificação destes, o caminho é ter o máximo de informações inseridas na Inteligência Artificial sobre ambas as decisões, com todos os critérios-base interseccionados bem definidos.

Isso para, desde logo, identificar quais são os processos impactados e afetados pelo tema repetitivo já julgado e com tese jurídica formada, com a aplicabilidade do precedente repetitivo tão logo se identifique e tenha toda a análise realizada sobre as similaridades.

A auditabilidade e transparência dessa análise e a inserção de informações devem ser cuidadosas, considerando que serão a junção de identificação, análise de similaridade e aplicação do próprio precedente repetitivo e sua tese jurídica, com a necessidade de que se tenham claramente os critérios-base definidos e desenvolvidos pela Inteligência Artificial.

A preocupação da Inteligência Artificial e a sua utilização para identificar processos afetados para já aplicar o precedente repetitivo deve ser no momento posterior, com a total possibilidade de contestabilidade, contudo com a complicação de que não será via um pedido da parte, como no art. 1.037, § 8º, do CPC e a argumentação da distinção.

O complicado dessa junção é que a opção, quase sempre, seria por já aplicar o precedente repetitivo e sua tese jurídica, com o julgamento do processo em sua fase, como julgar a apelação que estaria sobrestada, o que transformaria a contestabilidade do julgamento e da utilização da inteligência artificial somente com recurso, o que poderia ser via embargos de declaração ou um agravo interno, caso seja em decisão monocrática.

A contestabilidade fica prejudicada, com o seu modo somente repressivo, com a impugnação recursal de sua utilização, o que pode importar em erros e com falta de confiabilidade na própria identificação, principalmente, da similitude da questão afetada e da questão dos processos a serem aplicados o precedente repetitivo.

### *2.1.3. A análise para a identificação dos processos futuros e a aplicação do precedente repetitivo*

Por mais que se entenda que os precedentes repetitivos são mais aplicáveis a resolver problemas existentes, com os processos em trâmites, os representativos da controvérsia que serão julgados e os afetados, é prudente entender que há uma

tese jurídica formada no julgamento em regime repetitivo que solucionou uma questão jurídica dentro de parâmetros fáticos bem definidos.

Se essa tese jurídica solucionou os processos, desde os representativos da controvérsia até impactar os afetados em todos os níveis, inclusive aqueles que aguardam julgamento em segundo grau, o recorte desta pesquisa, esta solução deve seguir para os casos futuros.

Esse é um ponto de discussão na doutrina.

Uma vez que a formação de julgamentos em um regime de repetitivos, utilizando a causa-piloto como base para a solução de uma questão, pode-se interpretar que essa solução serve para aqueles casos em que se identificou a controvérsia, aqueles que já se afetou para que a solução jurídica firmada no julgamento repetitivo fosse replicada, sendo uma solução jurídica coletivizada, num sentido de julgar os representativos da controvérsia e depois utilizar o julgamento para a solução nos demais.

A questão em si é que aquela solução firmada em um julgamento repetitivo não serve somente para os casos existentes, mas é um precedente judicial, ainda que formada uma tese jurídica e a discussão que já se enfrentou, esta tese deve ser utilizada para todos os casos que detenham a similitude fática, com o mesmo encaixe<sup>28</sup>.

Esses casos futuros podem ocorrer quando o precedente repetitivo for favorável ao autor da ação, com a concessão ou reconhecimento de um direito e, conseqüentemente, ensejando uma série de novas ações sobre os mesmos direitos, em situações fático-jurídicas idênticas, possibilitando que o que foi definido na formação do precedente repetitivo seja válido e aplicável para o processo futuro.

Essa possibilidade é clássica da utilização de um precedente judicial para um caso que se enquadra dentro da analogia analítica de perceber a coincidência entre as *rationes decidendi* do precedente judicial e o caso em concreto a ser julgado.

Não importa que esse precedente judicial seja oriundo de um repetitivo, uma decisão judicial anterior, com autoridade em sua formação para influenciar outras demandas no futuro, deve assim proceder e o precedente repetitivo se enquadra nessa

---

28. “Auxílio na observância de decisões anteriores (precedentes já formados): o que se propõe, a partir da técnica de ML, é que o agente inteligente possa auxiliar o julgador a buscar decisões precedentes que se assemelham ao caso em análise ou cujos fatos e fundamentos jurídicos lhe estejam relacionados, evitando-se a não observância ou a decisão presente com base na transcrição pura de ementas que, uma vez reproduzidas em alto grau, incorrem em grandes probabilidades de erro no sentido de fundamentar a decisão presente com a decisão equivocada”. SABO, I. C.; ROVER, A. J. . Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas através do aprendizado de máquina. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, 2020. p. 88.

definição, sendo possível de ser utilizado não somente nos casos afetados, no efeito cascata da definição da tese jurídica em si.

Quando um precedente repetitivo é formado e já existem processos afetados, a análise de enquadramento daquele processo na mesma conjuntura dos representativos da controvérsia já foi realizada, logo a replicação se torna mais automatizada e clara, porém sem retirar a possibilidade de que seja igualmente replicada nos processos futuros que detenham a mesma identidade fático-jurídica.

Evidentemente que um processo futuro sobre o precedente repetitivo deve ser identificado mais facilmente em outros momentos processuais e não na fase recursal de segundo grau, o recorte deste trabalho, mas se há utilização de Inteligência Artificial no Tribunal em todas as instâncias, deve considerar sempre essa analogia.

Um exemplo de momento processual que pode se enquadrar nessa análise será logo que a petição inicial de um processo futuro seja protocolada, com a possibilidade de utilizar a Inteligência Artificial para o devido enquadramento e a sugestão decisória que de que se aplique a improcedência liminar do pedido, quando não for em sentido contrário ao precedente repetitivo, ou que seja caso de tutela de evidência, se requerida, quando o precedente repetitivo for a favor do autor da ação futura.

Nesse momento inicial, a Inteligência Artificial deve ser programada em seus algoritmos para que se identifique essa analogia e o devido enquadramento<sup>29</sup>, justamente para abreviar a cognição e permitir que o processo tenha uma celeridade, utilizando os institutos<sup>30</sup> que o próprio processo civil construiu para melhorar a relação entre precedente judicial e os casos futuros.

29. “Assim, caberá ao algoritmo associar o texto contido na petição inicial ao texto contido nas decisões consideradas precedentes, recuperando-as ao magistrado e sua equipe. Nesse ambiente de textos, algumas partes são mais relevantes – as variáveis – como os fatos, os fundamentos jurídicos e o pedido (na petição inicial), e também o relatório do acórdão (na decisão considerada precedente). Deve-se ressaltar que a menção de decisões impertinentes no conteúdo das petições iniciais é outra variável que poderá prejudicar a acurácia nos resultados” SABO, I. C.; ROVER, A. J. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas através do aprendizado de máquina. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, 2020. p. 88.

30. Sobre os meios de aplicação de precedente judicial no CPC/2015, incluindo diversos institutos: LEMOS, Vinicius Silva. Os meios de aplicação do precedente judicial nos moldes do CPC/2015. In: *XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, 2019, Goiânia*. Anais Do Encontro Nacional Do Conpedi Florianópolis: XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, 2019. v. 1. p. 336-356.

O foco do trabalho não está no recorte para casos futuros, porém é importante mencionar que qualquer Tribunal, ao construir a sua prestação jurisdicional de primeiro grau e a utilização de Inteligência Artificial, mesmo que esta não seja focada claramente em utilização dos precedentes repetitivos, deve ser capaz de identificar esses pontos dentro de sua análise, com os algoritmos prontos para essa conjuntura.

É possível que não se identifique, no momento processual inicial, esses pontos de intersecção entre o precedente repetitivo e o caso a ser julgado, o que seria um erro, ainda mais se as partes suscitarem, mas, caso isso ocorra, o juiz deve considerar na sentença e se não for aplicado, a Inteligência Artificial que o Tribunal utiliza em segundo grau deve identificar, na apelação, enquadrando no recorte desta pesquisa.

Ou seja, não deve ser somente construída a análise da aplicação do precedente repetitivo nos casos afetados, mas utilizar a mesma base algorítmica para que essa repetibilidade alcance os processos futuros, sem estarem enquadrados nos casos afetados, justamente por não existirem nesse momento de formação do julgamento repetitivo e a tese jurídica, com o protocolo da petição inicial somente em momento futuro.

Esse é um exemplo em que a Inteligência Artificial deve colocar à prova a sua repetibilidade, a sua capacidade de propor, diante da análise algorítmica, a mesma solução anteriormente inserida na base de informações sobre o precedente repetitivo, sua tese jurídica e a aplicabilidade se espera nesse caso futuro que se enquadra na mesma situação repetitiva.

A Inteligência Artificial deve ser programada com todas as informações da conjuntura de sua formação para a devida identificação de cada passo para que seja possível o que realmente se aguarda dessa analogia, o enquadramento nessa repetibilidade, em repetir o mesmo resultado jurídico em sempre que estiver em uma mesma situação, adaptando a própria lógica da análise e aplicações dos precedentes em geral para o seu auxílio para essa tarefa.

Os critérios-base para essa questão de utilização do precedente repetitivo em casos futuros são: (i) a *inserção dos dados* na Inteligência Artificial do precedente repetitivo e sua tese jurídica, incluindo a decisão de afetação; (ii) o *entendimento* sobre os limites fático-jurídicos da questão jurídica julgada pelo precedente repetitivo; (iii) a *análise do enquadramento* dos limites fático-jurídicos do precedente repetitivo no processo futuro protocolado, com análise de eventual argumento das partes sobre a existência do precedente repetitivo a ser aplicado; (iv) a *demonstração* de similitude fático-jurídica no processo futuro protocolado, igualmente com a análise de argumento da parte; (v) a *proposição* da aplicação do precedente repetitivo e a sua tese jurídica ao processo futuro protocolado analisado, com a procedência/provimento



ou improcedência/improvemento, dependendo da fase processual que essa análise for realizada.

Como dito, a análise pode ser desde o protocolo da petição inicial, gerando, se for o caso, a proposição de aplicação para improcedência liminar do pedido ou para o deferimento de tutela de evidência requerida na petição inicial, se realmente requerida.

Esse seria o momento correto, porém, é possível que somente se aplique em momento posterior, na análise da sentença, com a sua proposição sendo pela procedência ou improcedência da ação, por exemplo.

Pode ser que o tema repetitivo e o precedente formado versem sobre questão incidental, como uma questão processual, o que somente se perceberia quando este momento processual ocorrer, sem interligar com a improcedência liminar ou tutela de evidência, mas gerando uma proposição de enquadramento em uma decisão interlocutória.

As partes devem também ter a ciência da existência de um precedente repetitivo sobre a matéria que litigam, principalmente se for a matéria de fundo, o que insere numa possibilidade que os argumentos de uma das partes suscitem o enquadramento do novo processo no precedente repetitivo, com a análise necessária da inteligência artificial sobre esse ponto.

A auditabilidade e a transparência necessárias serão até mais fáceis nessa hipótese, pelo conhecimento prévio das partes e da inteligência artificial, além do juiz da causa, que existe um precedente repetitivo e uma tese jurídica fixada, com a possibilidade de que seja enquadrável ao caso.

Quanto mais dados e melhor a análise da Inteligência Artificial sobre o caso, mais transparente e com celeridade para o processo a atuação desta, com a proposição de enquadramento para decisão e aplicação do precedente repetitivo, abreviando o processo, se for o caso, ou a procedência, com todo o impacto processual possível de uma tutela de evidência no processo.

Sobre a contestabilidade, depende do momento em que seja utilizado e, talvez, dependendo da suscitação por uma das partes sobre o enquadramento ao precedente repetitivo, o debate pode ser prévio, mas se for somente utilizado numa improcedência liminar, tutela de evidência ou na decisão sobre o caso, a contestabilidade para distinção, ou até superação, seria somente via o recurso cabível naquele momento.

Sendo esse o momento específico que impugne-se os dados e o enquadramento realizado pela Inteligência Artificial não foi adequado ao caso, deixando de gerar a repetibilidade necessária ou gerando uma inadequação em uma repetibilidade que não ocorreu, pelo erro no enquadramento.

#### 2.1.4. A análise para a identificação e análise de argumento de distinção e superação em processos futuros

Por outro lado, quando já firmado um precedente repetitivo, todos os parâmetros e critérios necessários para a análise comparativa entre as *rationes decidendi* devem ser utilizados, seja num processo que está em curso, seja num processo futuro, como anteriormente analisado.

A questão posterior está no futuro do próprio precedente repetitivo ao longo do tempo, até pelo fato de que ele está sempre dentro da sua inércia argumentativa<sup>31</sup>, enquanto não tiverem questões novas a serem suscitadas, o precedente permanece em sua validade e aplicação para os casos em concreto que encaixem na mesma *ratio decidendi*.

Esse ponto de identificação e aplicação do precedente repetitivo pela inteligência artificial já foi enfrentado, porém é necessária a análise um ponto posterior: a identificação de distinção e de superação.

O precedente judicial formado detém força resolutiva daquela questão, diante da solução para o caso (ou casos) em concreto analisado, a partir não somente do que se decidiu, mas também de todos os argumentos que foram utilizados pelas partes e considerados tanto para a construção do julgado que firmou o precedente judicial em si quanto aqueles que foram descartados, utilizados, considerados e refutados, não servindo de parâmetro para a tese fixada.

Apesar de os fundamentos argumentativos serem considerados e refutados, eles são importantes para a identificação futura, não do precedente repetitivo em si, mas do que se torna matéria já refutada e, assim, argumento que não serve para questionar a aplicação do precedente repetitivo em processo existente.

O precedente repetitivo é formado a partir de uma ampliação do contraditório<sup>32</sup>, com ampla participação de todos os legitimados para tanto, com a inclusão de

---

31. “Ou seja, a inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado, se houver justificadas razões para a mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete. No direito, as razões a favor da mudança funcionam de forma bastante semelhante à força resultante que pode pôr em movimento um corpo em repouso, ou a alterar a velocidade ou direção de um corpo em movimento” ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituídos pelo NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Orgs.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 639.

32. Quando mais atores participam do contraditório no processamento do Rito Repetitivo: “A alternativa para a correção da inconstitucionalidade está na convocação dos legitimados

argumentos em todos os sentidos, com uma ampliação de fundamentos para além dos recursos representativos da controvérsia, utilizando o máximo de vertentes para um exauriente material sobre o tema.

Nesse ínterim, ainda que não seja um fundamento utilizado, um fundamento que foi refutado e rejeitado para a construção do precedente repetitivo tem uma função para o futuro e sua aplicação.

Diante desse futuro, o precedente repetitivo será utilizado em diversos casos, seja de maneira normal, seja utilizando cada dia mais Inteligência Artificial para a identificação, análise e julgamento a partir do precedente firmado.

Com essa utilização do precedente repetitivo em casos em concreto, presentes e futuros, a análise comparativa pela Inteligência Artificial, dentro dos seus algoritmos e programação, deve considerar as *rationes decidendi* entre os casos, o precedente repetitivo e o caso a ser julgado, com a identificação e enquadramento, como dito anteriormente, porém a questão está em 2 pontos: a possibilidade distinção e de superação.

A análise de cada critério se torna pertinente.

#### 2.1.4.1. Os critérios-base específicos da distinção

A alegação pela parte sobre a distinção (ou *distinguishing*) de seu processo, de seu caso em concreto, perante o precedente repetitivo é importante e deve ser considerado na análise a ser realizada pelo julgador, ainda que seja com o auxílio da Inteligência Artificial.

Conceitualmente<sup>33</sup> ocorre “*distinguishing* (ou *distinguish*) quando há diferença entre o caso concreto em exame e o paradigma anterior, seja porque inexistente coincidência com os fatos que embasaram a *ratio decidendi*”<sup>34</sup>.

---

à tutela dos direitos individuais homogêneos para intervirem na defesa dos direitos dos litigantes cuja questão é posta à discussão. Isso, porém, não pode excluir a possibilidade de o Ministério Público também intervir para tutelar os direitos, tenha um legitimado já ingressado no processo ou não” MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, nov. 2015. p. 414.

33. No mesmo sentido: “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente”

A distinção pode ser como um fato parecido, mas que tenha um objeto totalmente diferente, ou que o objeto do processo é o mesmo, contudo com uma circunstância fática diversa, seja a mais, seja a menos.

Para a aplicação e utilização de um precedente, principalmente o repetitivo e por uma inteligência artificial, a análise entre os casos (o precedente e o atual a ser julgado) é essencial e, se houver similitude fática e uma mesma discussão jurídica, o julgamento conforme o precedente se torna natural e lógico, porém é possível que não haja esse encaixe total, com peculiaridades que a afastam o precedente.

A partir de uma peculiaridade do caso que o diferencia do caso que ajudou a firmar o precedente, deve-se analisar se é viável o enquadramento do precedente para esse julgamento, uma vez que “a despeito de eventual aproximação entre eles, há alguma peculiaridade no caso em julgamento que impõe a não aplicação do precedente”<sup>35</sup>.

Se a aplicação do precedente repetitivo é um encaixe fático e, posteriormente, da própria solução jurídica idêntica, quando se alega distinção, alega que há a impossibilidade dessa utilização, desse encaixe ou da analogia. É uma argumentação que pode vir pela própria análise judicante e, principalmente, pela parte que entende que seu caso detém peculiaridade.

Em termos da relação entre a aplicação do precedente repetitivo no futuro caso em concreto e a Inteligência Artificial, os critérios-base devem ser utilizados, mas com um evidente acréscimo a ser programado nas diretrizes e critérios dos algoritmos da Inteligência Artificial para o caso, com a necessidade que tenha uma determinação identificar que há uma falta da analogia ou um não encaixe fático, principalmente se houver a argumentação pela parte sobre a relação precedente repetitivo e o caso em concreto.

A Inteligência Artificial, dentro da sua programação algorítmica para o precedente repetitivo, deve ter a capacidade de identificar os argumentos de distinção ou a própria distinção oficiosa, com a indicação de que este caso, apesar de girar em

---

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2. p. 489.

34. REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 2. p. 180.
35. REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 2. p. 180.

torno do precedente repetitivo, detém uma peculiaridade para o caso, com a necessidade de uma análise apurada e diferenciada.

Esse ponto é crucial para que a própria Inteligência Artificial detenha capacidade algorítmica para identificar, além dos padrões anteriores para aplicação do precedente repetitivo, a sinalização de que há uma possível peculiaridade ou ao menos a alegação de que há peculiaridade. Com a necessidade de afastamento da suspensão, se for o caso, ou da análise recursal sobre esse ponto, influenciando, dependendo da fase, até na admissibilidade de eventual recurso especial.

Sobre critérios-base para a análise da distinção, o ponto crucial está na necessária análise geral pelo caso quando for suscitada a distinção<sup>36</sup> e a resposta a esta análise.

De certa maneira, quando se imagina a aplicação do precedente, seja em casos afetados sobrestados ou não, seja em casos futuros, quando se programa o algoritmo da inteligência artificial para o devido enquadramento dos limites fático-jurídicos, quando não similares, a distinção é medida que deve ser mencionada, com a proposição para a não aplicação do precedente repetitivo.

A grande questão está em determinar informações claras de que o não encaixe claro e a falta de similitude fático-jurídica devem levar a uma proposição para não utilização do precedente repetitivo, com a distinção, ainda que seja uma distinção leve, como um caso que se enquadra, mas que detenha um menor de idade como parte, o que pode ser que gere uma diferença ao precedente repetitivo criado sem essa peculiaridade, sugerindo a sua não aplicabilidade, se for o caso.

Os critérios-base que a Inteligência Artificial deve conter para essa análise são: (i) a *inserção dos dados* na Inteligência Artificial do precedente repetitivo e sua tese jurídica; (ii) o *entendimento* sobre os limites fático-jurídicos da questão jurídica julgada pelo precedente repetitivo; (iii) a *análise do enquadramento* dos limites fático-jurídicos do precedente repetitivo no processo futuro protocolado, com análise de eventual argumento das partes sobre a não aplicabilidade do precedente repetitivo pela distinção; (iv) o *resultado pela similitude fático-jurídica, ou não*, no processo futuro protocolado, igualmente com a análise de argumento da parte, com a possibilidade de distinção; (v) a *proposição da aplicação ou distinção* do precedente repetitivo e a sua tese jurídica ao processo futuro protocolado analisado.

Os critérios-base devem ter o cuidado de proporcionar um cuidado em depurar claramente o impacto fático e a analogia, mensurando se há distinção ou não,

---

36. Enunciado 306 do FPPC: O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

principalmente se a parte assim alega, com a proposição da aplicação ou da distinção do precedente repetitivo, com a fundamentação em cada hipótese, sendo necessariamente uma questão enfrentada nessa decisão.

Com o argumento da parte, ou até sem argumento oficiosamente, com essa análise pormenorizada e com toda a programação de algoritmos para essas respostas e proposições, a própria validade do precedente repetitivo se torna melhor e perene, pelo fato de ser testada em cada caso e devidamente utilizado ou descartado na proposição de decisão pela Inteligência Artificial.

Contudo, é importante que haja a análise sobre os argumentos das partes sobre distinção em ponto posterior, em recursos excepcionais e as análises de admissibilidade, nos mesmos critérios, mas possibilitando que esse argumento num Recurso Especial, com alguma plausibilidade ou peculiaridade, leve à admissão do recurso e a remessa ao Tribunal Superior<sup>37</sup>, justamente para que este analise a distinção alegada, com fundamento, e decida se a peculiaridade afasta, realmente, o precedente repetitivo.

Os algoritmos já devem ser capazes, em todos os itens anteriores, em identificar a distinção, desde a busca pelos afetados, a aplicação do precedente repetitivo nesses casos e nos futuros, contudo é prudente que haja um cuidado maior quando há uma suscitação de uma peculiaridade e a necessidade de enfrentamento desse ponto na decisão e nas discussões recursais posteriores.

Se a Inteligência Artificial detiver esse cuidado algorítmico com a distinção, para além de ser o inverso de enquadramento somente, com a devida auditabilidade e transparência, possibilita uma melhor construção de todos os enquadramentos possíveis do precedente repetitivo, gerando uma melhor confiabilidade em sua utilização e confirmando os limites do precedente repetitivo a cada utilização ou até a cada análise de distinção.

Essa análise pode ajudar na repetibilidade do próprio precedente repetitivo com o tema, o alcance, limites e todas as hipóteses em que pode ser enquadrado e até excluindo a sua aplicação no que detiver, notadamente, peculiaridades que o distinguem e afastem sua incidência.

A contestabilidade sobre a não incidência da distinção deve ser clara sobre a própria resposta ao argumento da parte e, se for o caso, na remessa ao Tribunal Superior para que possa analisar e dimensionar, para maior ou para menor, o precedente repetitivo.

---

37. LEMOS, Vinicius Silva. O recurso excepcional com fundamento de superação de precedente repetitivo ou repercussão geral e a necessidade do juízo de admissibilidade positivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 385-417, 2018.

#### 2.1.4.2. Os critérios-base específicos da superação

Diferentemente da distinção, a superação ocorre quando há “mudança de entendimento de um tribunal acerca de tema jurídico anteriormente pacificado. Essa mudança jurisprudencial se dá (i) por alteração no ordenamento jurídico ou (ii) por evolução fática histórica<sup>38</sup>.”

O precedente judicial, de modo geral e incluindo o repetitivo, não é estático, com a possibilidade de ser superado e, “*overruling* significa que o Tribunal claramente sinaliza o fim da aplicação de uma regra de direito estabelecida pelo precedente e substitui a velha regra de direito por uma que é fundamentalmente de natureza diversa<sup>39</sup>.”

O precedente judicial, como um todo e incluindo o repetitivo, tem uma validade temporal, não é eterno, deve ser válido enquanto as conjunturas fáticas, sociais e legais estão permanentes.

Enquanto nada mudar, o precedente deve permanecer dentro de sua validade e eficácia, sendo a melhor solução jurídica para aquela questão fático-jurídica, implicando na utilização para os demais casos que se enquadrem na mesma questão.

O ponto crucial está na validade temporal, se o precedente é válido enquanto haja as mesmas conjunturas anteriormente dispostas, deve ser utilizado, porém, se as conjunturas se alteram, ou aparentemente se altera, diante de uma constatação possível ou uma argumentação de uma das partes, o precedente deve ser reavaliado e a Inteligência Artificial deve ser capaz, diante de sua capacidade algorítmica, de identificar a situação ou a argumentação que levem a uma possível superação (ou *overruling*) do precedente repetitivo.

Quando houver alteração no ordenamento jurídico ou uma alteração/evolução social, o precedente deve não deixar o direito engessar, o precedente deve evoluir junto, porém, sabidamente, a aplicação do Direito demora mais do que a realidade para ser aplicado e o precedente pode permanecer por mais tempo do que seria o ideal, com a necessidade que se encontre parâmetros para sua evolução, para identificar essa evolução.

É prudente imaginar com que essa inovação temporal ou a invalidade do precedente repetitivo surja para o processo e, conseqüentemente, para a Inteligência Artificial que analisará o processo.

---

38. ROCHA, Leonardo Bolelli da. A teoria do *overruling* à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, 110, jul.-dez. 2018. p. 77.

39. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 179.



A argumentação de uma das partes pode ser o ponto de mais fácil percepção pela Inteligência Artificial de que a situação tem um fundamento que não estava inserido na formação do precedente repetitivo, o que pode levar a alterá-lo.

O importante dessa análise pela Inteligência Artificial não está em necessariamente superar o precedente repetitivo, mas em ser capaz de identificar, com base na programação do algoritmo, de que há um argumento novo, seja pela alteração legislativa, seja pela evolução fático-jurídica.

A parte e seus argumentos serão, normalmente, o lugar ou momento processual identificável pela inteligência artificial que há uma situação nova, um argumento novo, uma lei nova ou uma configuração nova que incida numa revisão de tese.

Contudo, é possível que nenhuma das partes alegue algo novo e a situação seja realmente com uma novidade, o algoritmo deve ser capaz de identificar, tal qual o juiz identificaria oficiosamente, essa alteração, essa novidade legal ou fático-jurídica, ensejando a possibilidade de uma nova interpretação que seja uma alteração daquele precedente repetitivo ou, ao menos, uma revisão de tese.

A Inteligência Artificial deve ser programada de maneira que o algoritmo possa identificar a situação em que há essa nova configuração, tanto oficiosamente quanto em resposta a argumentação nova das partes.

O algoritmo deve ser programado para sugerir uma revisão de tese, uma tramitação da decisão que sinalize, no caso de precedente repetitivo a ser aplicado em segundo grau, como no recorte desta pesquisa, que o precedente repetitivo está numa posição em que necessita de uma reanálise pelo Tribunal Superior.

A reanálise não significa a superação, o que seria somente com a análise pormenorizada de que o precedente repetitivo não deve mais ser aplicado, mas deve-se entender que este pode estar ultrapassado, o que enseja a revisão de tese e a inteligência artificial deve possibilitar esse ponto, essa indicação, demonstrando a necessidade de revisão de tese.

Quando a questão envolver a possibilidade de superação do precedente repetitivo, os critérios-base que a inteligência artificial deve conter são: (i) a *inserção dos dados* na Inteligência Artificial do precedente repetitivo e sua tese jurídica, com todos os fundamentos jurídicos enfrentados sobre a sua construção; (ii) o *entendimento* sobre os limites fático-jurídicos da questão jurídica julgada pelo precedente repetitivo; (iii) a *análise do enquadramento* dos limites fático-jurídicos do precedente repetitivo no processo futuro protocolado, com análise de eventual argumento da parte sobre a superação do precedente repetitivo; (iv) o *resultado pela similitude fático-jurídica* no processo futuro protocolado, com a analogia existente entre os casos; (v) a *resultado da análise do argumento da parte sobre superação* do precedente

repetitivo e os argumentos da construção do precedente repetitivo; (vi) a *proposição da aplicação ou superação do precedente repetitivo* e a sua tese jurídica ao processo futuro protocolado analisado, com a aplicação da tese sem revisão ou para que seja analisado pelo Tribunal adequado a revisão de tese.

Nessa análise pela superação, a própria parte admite a analogia entre o precedente repetitivo e o caso a ser julgado, somente argumenta acrescentar um fundamento de superação.

A análise da Inteligência Artificial deve ser programada com os critérios para que a superação seja analisada, com a comparação do caso não somente com a tese jurídica firmada e sua utilização, mas também de todos os argumentos que foram debatidos, sobretudo os refutados.

Isso justamente para que seja possível a Inteligência Artificial indicar que o fundamento suscitado foi considerado, enfrentado e refutado na formação do precedente repetitivo, sendo, dessa maneira, somente repetição de argumentos equivocados.

Desse modo, os critérios-base devem focar na construção comparativa não entre os casos em si, o precedente repetitivo e o caso a ser julgado, mas, sobretudo nos argumentos do julgamento e o argumento sobre a superação.

Se o argumento apresentado for meramente repetido sobre algum que foi enfrentado e refutado, o precedente repetitivo se mantém e a Inteligência Artificial deve assim propor, indicando que é fundamento meramente protelatório.

Diferentemente deve ocorrer quando constatar que o fundamento que foi apresentado é novo e não foi considerado com a devida análise a ser realizada pelo Tribunal competente.

Como somente o STJ deve revisar a tese dos precedentes repetitivos que forma, se um Tribunal de segundo grau, como no recorte deste trabalho, identifica esse ponto, pode realizar a sinalização, ainda que aplique o precedente repetitivo e, se houver recurso especial, que seja conhecido, ainda que seja de um acórdão com aplicação de tema repetitivo.

A própria Inteligência Artificial, com a sua constante atualização e programação, deve também possibilitar novas interações quando há alteração normativa que impacte o precedente repetitivo, deve agir de mesmo modo oficiosamente, indicando a alteração normativa que supera o precedente repetitivo.

Os algoritmos devem ser programados para duas lógicas: (i) aplicar o precedente repetitivo quando identificar a analogia possível; (ii) sinalizar que, apesar da possibilidade de aplicar o precedente repetitivo, elementos do processo possibilitam a análise de superação.

Essa programação é importante para que não haja uma automaticidade<sup>40</sup> entre a analogia existente entre a identificação do precedente repetitivo, sua *ratio decidendi* e a tese jurídica e o caso futuro, simplesmente aplicando o precedente repetitivo, mesmo equivocadamente sem identificar aspectos temporais e a existência de argumentos/fundamentos que o precedente repetitivo não deve mais existir por talvez ser situação de superação, cabendo a revisão de tese do tema.

A importância da programação está em inserir os dados da formação do precedente repetitivo para a definição da tese jurídica a ser replicada, com possibilidade de identificar os limites dessa formação e entender quando há peculiaridade ou argumentos novos a serem considerados para uma possível revisão de tese, para que não seja uma análise que desconsidere o futuro, o caso em concreto e a possibilidade de novos parâmetros.

Não seria prudente que a aplicação da precedente repetitivo levasse, em termos da assistência de uma inteligência artificial, a utilizá-los de modo automático, sem considerar argumentos como superação, continuando na mesma solução jurídica, sem nenhuma sinalização, ainda no Tribunal de segundo grau ou mesmo no Tribunal Superior.

A Inteligência Artificial deve ser capaz, diante de sua programação e de seus algoritmos, de sinalizar que aquele precedente repetitivo não é mais capaz de solucionar aquele caso em concreto na superação ou que não detém serventia para solução da questão.

O cerne desse ponto é que a Inteligência Artificial detenha, até para o devido processo legal, a possibilidade de contestabilidade de sua análise e proposição de decisão ou enquadramento dentro da naturalidade ou que ela perceba o argumento novo para superação ou ao menos para a revisão de tese.

A contestabilidade será pela própria via recursal se aplicado o precedente em Tribunal de segundo grau, com o intuito de levar para o Tribunal Superior que firmou o precedente repetitivo, porém é prudente entender que o recurso deve ser admitido, com a remessa para revisão de tese.

---

40. “Há que se ter sempre o cuidado de não se utilizar os precedentes de forma irrefletida, isto é, sem que se faça a comparação dos fatos do caso concreto com a situação fática que compõe a *ratio decidendi*. Viola a igualdade o comportamento do tribunal que aplica um precedente a uma situação substancialmente distinta daquela que gerou a *ratio decidendi*. (...) Logo, não se afirma aqui que o magistrado deva seguir os precedentes de forma acrítica.” KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, 2016. p. 347.

Com os critérios-base propostos para uma constante análise sobre superação, o próprio sistema de repetitivos se completa de maneira a se questionar sobre a própria inércia argumentativa, a interpretar a validade no tempo, justamente para que a repetibilidade almejada na análise da Inteligência Artificial seja possível enquanto o precedente repetitivo for válido.

Diante disso, com a inserção de todos os fundamentos de construção do precedente repetitivo na Inteligência Artificial e os algoritmos prontos para o entendimento sobre revisão de tese e a própria possibilidade de superação do precedente, é possível que haja uma transparência na utilização da Inteligência Artificial e não somente uma automação para melhoria numérica, mas também uma melhoria analítica para até a atualização do precedente repetitivo no tempo.

### 3. A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU NA APLICAÇÃO DE PRECEDENTES REPETITIVOS NOS LIMITES DOS CRITÉRIOS E ANÁLISES PROPOSTOS

Quando um precedente repetitivo é formado, o intuito claro é que realize o efeito cascata, com a replicação de sua decisão em todos os processos afetados, com um impacto numérico no Judiciário, gerando uma redução de estoque de processos e uma melhoria, ao menos quantitativa, na capacidade de julgar.

Não será somente uma análise para o sistema de repetitivos, mas diversas análises existentes<sup>41</sup>, desde a decisão de afetação e o impacto na identificação dos processos afetados, a análise para aplicação do resultado do precedente repetitivo formado, a utilização futura desse precedente repetitivo em processos que ainda nem foram protocolados e a possibilidade constante de distinção e superação.

Diante de todas essas análises mencionadas, a Inteligência Artificial tem a capacidade de ajudar nessa análise, com o impacto em milhares de processos.

O intuito é o recorte não é entendê-la como assistente da formação do precedente repetitivo, o que não seria o seu viés, mas na preparação dos processos para o impacto de todo o sistema de repetitivo nos demais processos, desde a afetação,

---

41. A diferenciação, por exemplo, de análise entre um precedente a ser aplicado e um precedente ainda em formação: “Auxílio ao gerenciamento (aplicação e distinção) de demandas repetitivas (precedentes em formação): O que se propõe é que o agente inteligente, a partir da técnica de ML, possibilite a correta identificação dos processos abrangidos pela tese jurídica, gerenciando adequadamente as demandas repetitivas”. SABO, I. C.; ROVER, A. J. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas através do aprendizado de máquina. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, 2020. p. 89.

o sobrestamento, a aplicação do precedente formado e sua continuidade ou não de validade no tempo.

Por isso, a partir da percepção de que cada análise é diferente, cada momento processual necessita de um cuidado analítico diferente da Inteligência Artificial, com critérios-base igualmente diversos, sem poder ser um padrão de análise.

Pelo contrário, em cada momento do sistema repetitivo que a inteligência artificial for útil, com uma análise daquele momento, os critérios-base devem moldar-se ao momento processual e a necessidade do próprio sistema e, conseqüentemente, a Inteligência Artificial deve ser preparada dessa maneira.

Para que a Inteligência Artificial cumpra a sua análise e utilização no processo, seja de modo geral, mas, sobretudo no recorte dos precedentes repetitivos, é importante que siga os critérios moldados dessa relação, identificando que estes podem variar sobre cada ponto e momento processual e gerando uma melhor prestação jurisdicional, mas preocupando-se com a explicabilidade, auditabilidade<sup>42</sup> e transparência dentro de sua própria lógica de utilização.

Não é somente a menção de que a Inteligência Artificial trabalhará com precedentes repetitivos que igualam todas as situações, como uma única análise ou uma única construção de critérios-base analíticos.

Cada momento, cada análise detém a sua peculiaridade que torna complexo o conjunto de análises e os algoritmos devem se preparar, diante da programação pertinente, para cada análise, considerando a melhor adequação ao momento processual.

Identificar processos afetados é uma análise diferente de aplicar o precedente repetitivo, da mesma maneira que identificar processos futuros e aplicar o repetitivo já é um conjunto de análise anterior, mas com a sapiência da existência prévia do precedente repetitivo, sem esquecer a constante necessidade de atualidade do precedente, diante da superação e distinção possíveis.

Utilizando os parâmetros propostos para cada situação, as partes de um processo afetado, em qualquer desses momentos, terão maiores possibilidades de

---

42. Por todas as menções anteriores: “Essa auditabilidade permite avaliar quais princípios éticos e valores sociais foram preestabelecidos para os sistemas de IA que serão utilizados pelos tribunais, além de identificar possíveis desvios ou falhas no sistema que possam resultar em conseqüências indesejáveis, como decisões enviesadas.” SOUZA, P. A. de; ESTECHE FILHO, V. G.; DE SOUSA SANTOS, F. Governança tecnológica e auditabilidade do alinhamento ético-valorativo (alignment) das inteligências artificiais generativas. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Distrito Federal, Brasil, v. 3, n. 2, 2023. p. 137.

entendimento, de contestabilidade, de confiabilidade no próprio Judiciário e na própria Inteligência Artificial como suporte para uma melhor prestação jurisdicional.

Quanto maior a definição de critérios, com a devida qualidade destes e mensuração a cada momento processual, as partes conseguem entender o grau de atualidade da Inteligência Artificial, a proposição da melhor decisão e enquadramento entre o precedente repetitivo e o caso a ser julgado com o auxílio de algoritmos, com maior transparência, explicabilidade e confiabilidade na própria utilização da inteligência artificial para o sistema de repetitivos.

#### 4. ASPECTOS CONCLUSIVOS

Dada a utilização da Inteligência Artificial no Direito e no processo civil, sobretudo em processos que detêm multiplicidade repetitiva, importante buscar a otimização de tempo na aplicação do precedente repetitivo em todos os processos afetados, a busca pelo melhor enquadramento, a inserção e alimentação de informações na Inteligência Artificial de modo a possibilitar uma melhor prestação jurisdicional.

A utilização da Inteligência Artificial no Direito tem sua própria principiologia, com a necessidade de um devido processo tecnológico, capacitando a máquina e seus algoritmos de desenvolverem-se com base em aprendizado supervisionado e nos limites de transparência, auditabilidade, explicabilidade, repetibilidade e a possibilidade de contestabilidade, possibilitando uma confiabilidade na própria jurisdição e a intersecção com a Inteligência Artificial.

Ao analisar a Inteligência Artificial e a sua relação com os precedentes repetitivos, verificou-se entre suas premissas a otimização do tempo e eficiência, antes empregado somente pelo de esforço humano, transmutando-se em uma série de atividades que possam agora ser desempenhadas por Inteligência Artificial, com avanço, com celeridade e melhoria, desde que utilizada nas métricas de critérios preexistentes, como os critérios-base propostos neste trabalho.

Bem utilizada, diante desses critérios-base, a eficiência deve ocorrer não somente numericamente, mas também qualitativamente em todos os momentos, desde a decisão de afetação e o impacto na busca pela identificação dos afetados, a aplicação posterior do precedente repetitivo já formado, a construção de uma cultura de precedente repetitivo para os processos futuros que versem sobre o mesmo tema julgado e a possibilidade necessária de considerar sempre a distinção e a superação, para que não haja uma automaticidade da replicação da decisão formada pelo precedente repetitivo.

Entre os benefícios observados, destacou-se inclusive a mitigação de ocorrências de erros humanos nessas atividades repetitivas, o que representa uma proposta

de eficiência de tempo e de produção, contribuindo para melhoria de processos e da prestação jurisdicional ao jurisdicionado, ao cidadão.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. O julgamento dos recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C do CPC. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 65, p. 55-62, 2008.
- ARRUDA ALVIM, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, Ano 34, jun. 2009.
- ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. A fundamentação adequada diante do sistema de precedentes instituídos pelo NCPC. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buril de; ATAIDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (Orgs.). *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- CHAVES, Guilherme Veiga; VEIGA, Elizabeth. *A inteligência artificial na formação dos precedentes do STJ: Sistema Sócrates 2.0*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/346278/a-inteligencia-artificial-na-formacao-dos-precedentes-do-stj].
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e STJ (art. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.
- DOMINGOS, Pedro. *O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo*. São Paulo: Novatec Editora, 2017.
- DOTTI, Rogéria. Os precedentes judiciais e antecipação: a tutela da evidência no novo CPC. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Ano XI, n. 21, nov. 2015.
- FACHIN, Jéssica; FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. Princípios de inteligência artificial. *Constituição, economia e desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira De Direito Constitucional*, 14(26), 362-381, 2022.
- FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Juízo de Conformação e Lei de Improbidade Administrativa após julgamento do Tema 1.199/RG. Disponível em: [www.conjur.com.br/2024-abr-30/o-juizo-de-conformacao-e-a-lei-de-improbidade-administrativa-apos-o-julgamento-do-tema-1-199-rg/].
- GAIO JR., Antônio Pereira; SILVA, Fábiana Antonio. Direito, processo e inteligência artificial. Diálogos necessários ao exercício da jurisdição. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 17, v. 24, n. 1, jan.-abr. 2023.



- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 258, ano 41, 2016.
- LEMOS, Vinicius Silva. Distinguishing e o Pedido de Distinção: as Diferenças entre os institutos no Novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, p. 53-68, 2016.
- LEMOS, Vinicius Silva. O recurso excepcional com fundamento de superação de precedente repetitivo ou repercussão geral e a necessidade do juízo de admissibilidade positivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 286, p. 385-417, 2018.
- LEMOS, Vinicius Silva. Os meios de aplicação do precedente judicial nos moldes do CPC/2015. In: *XXVIII Encontro Nacional do Conpedi*, 2019, Goiânia. v. 1. p. 336-356.
- LEMOS, Vinicius Silva. *Recursos e processos nos Tribunais*. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos. In: BARBOSA, Mafalda Miranda et al. *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*. Indaiatuba: Foco, 2021.
- MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandóval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORENCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan.-jun. 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 399-419, nov. 2015.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo. Ed. RT, 2016.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quieta Movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PINTO, Henrique Alves. A utilização da inteligência artificial no processo de tomada de decisões por uma necessária accountability. *RIL*, Brasília, a. 57, n. 225, p. 43-60, jan.-mar. 2020.
- REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme;

- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 2.
- ROCHA, Leonardo Bolelli da. A teoria do *overruling* à luz de Robert Alexy: direitos fundamentais, consenso e superação do precedente. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, 110, p. 77-89, jul.-dez. 2018.
- SABO, I. C.; ROVER, A. J. Observância de precedentes e gestão de demandas repetitivas através do aprendizado de máquina. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 18, p. 69-93, 2020.
- SOUZA, P. A. de; ESTECHE FILHO, V. G.; DE SOUSA SANTOS, F. Governança tecnológica e auditabilidade do alinhamento ético-valorativo (alignment) das inteligências artificiais generativas. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Distrito Federal, Brasil, v. 3, n. 2, p. 113-143, 2023.
- TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*. São Paulo, Tese de Livre-Docência, USP, 2008.
- TEIXEIRA, João de Fernandes. *Mentes e máquinas: uma introdução à ciência cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.
- VALE, Luís Manoel Borges do; BONAT, Débora; PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. Inteligência artificial generativa e a fundamentação da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 346, p. 1-12, 2023.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Digital

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A aplicação repetitiva de precedentes pela inteligência artificial judicial e o seu necessário aprimoramento, de Henrique Alves Pinto e Túlio Arantes Bozola – *RePro* 347/239-264;
- Ferramenta ou muleta? Breve análise sobre o uso da tecnologia e precedentes na tomada de decisões nos tribunais, de Gustavo Abdalla – *RePro* 335/293-307;
- Inteligência artificial e direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes, de Ricardo Dalmaso Marques – *RD Tec* 3; e
- Inteligência artificial no poder judiciário: benefícios, riscos e governança, de Roberto Luis Luchi Demo – *RePro* 354/395-426.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# Processo Constitucional

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# TRANSFORMAÇÕES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: LEGITIMIDADE, OBJETO E EFEITOS

## TRANSFORMATIONS OF JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL: LEGITIMACY, OBJECT AND EFFECTS

**MATHEUS CASIMIRO**

Realiza estágio de pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela UFC. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Assessor Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), atuando no Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC). Pesquisador do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI), coordenando a linha sobre processos estruturais. mcgserafim@gmail.com

**PATRICIA PERRONE CAMPOS MELLO**

Estudos Pós-doutorais na Harvard Kennedy School e no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Internacional. Doutora e Mestre pela UERJ. Professora Adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Titular da graduação e do programa de Pós-Graduação do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Secretária de Altos Estudos do Supremo Tribunal Federal. patricia.mello@ceub.edu.br

**EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA**

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora na Coordenadoria de Pesquisas Judiciárias do Supremo Tribunal Federal. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI) e do Programa de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH). eduardacunhapf@gmail.com

Recebido em: 25.07.2024

Aprovado em: 06.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Constitucional; Processual

**RESUMO:** A Constituição de 1988 fortaleceu o controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). Apesar disso, o Tribunal restringiu o seu potencial de atuação, consolidando uma jurisprudência defensiva nos primeiros anos da Constituição. Porém, nos

**ABSTRACT:** The 1988 Constitution strengthened the Brazilian Federal Supreme Court's (STF) judicial review. Despite this, the Court restricted its potential for action, consolidating a defensive jurisprudence in the early years of the Constitution. However, in recent years, the

últimos anos, o STF tem revisitado a sua jurisprudência, apresentando importantes inovações no controle de constitucionalidade, que se apresentam em três dimensões: legitimidade, objeto e efeitos. O objetivo deste artigo é apresentar quais são essas transformações e suas consequências positivas e negativas. Como metodologia, além da tradicional pesquisa bibliográfica e documental, apresentamos recentes julgados do STF que exemplificam as três dimensões de expansão do controle de constitucionalidade aqui tratadas, como as ADPFs 709 e 991 e as ADOs 26, 54, 59 e 63. Conclui-se que as transformações mapeadas revelam a preocupação do Tribunal com dois pontos principais: (i) a abertura da instituição para grupos vulneráveis e minoritários; (ii) a garantia da efetividade de suas decisões, especialmente quando direitos fundamentais são gravemente violados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal – Controle de constitucionalidade – Direitos fundamentais – Omissão inconstitucional – Processo estrutural.

STF has revisited its jurisprudence, presenting important innovations in judicial review, which are presented in three dimensions: legitimacy, object, and effects. The aim of this article is to present these transformations and their positive and negative consequences. As a methodology, in addition to traditional bibliographical and documentary research, we present recent STF judgments that exemplify the three dimensions of the expansion of judicial review dealt with here, such as ADPFs 709 and 991 and ADOs 26, 54, 59 and 63. We conclude that the transformations mapped reveal the Court's concern with two main points: (i) opening up the institution to vulnerable and minority groups; (ii) ensuring the effectiveness of its decisions, especially when fundamental rights are seriously violated.

**KEYWORDS:** Brazilian Federal Supreme Court – Judicial review – Fundamental rights – Unconstitutional omission – Structural litigation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Legitimidade: revisitando a jurisprudência defensiva do STF. 3. ADO: fortalecendo o controle de omissões inconstitucionais. 3.1. A ampliação do objeto da ADO. 3.2. A tendência de decisões concretistas. 4. ADPF: A realidade como objeto do controle de constitucionalidade. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 expandiu as competências do Supremo Tribunal Federal (STF) e os instrumentos de controle de constitucionalidade. Constitucionalizou um universo amplo de matérias. Valeu-se de cláusulas gerais para dispor sobre múltiplos temas de relevância. Tais características possibilitaram uma considerável ampliação da judicialização perante o STF, levando o Tribunal a adquirir protagonismo na resolução de questões políticas e sociais relevantes<sup>1</sup>.

No entanto, as competências do STF não são estáticas, tampouco são simplesmente deduzidas do texto constitucional. A forma como o Tribunal interpreta os dispositivos que tratam de suas atribuições é determinante para estabelecer o seu real âmbito de atuação. Nos primeiros anos da Constituição de 1988, o STF consolidou

- 
1. BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2717-2228, 2018. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

uma jurisprudência defensiva, que limitou a sua atuação no controle de constitucionalidade<sup>2</sup>. A jurisprudência defensiva é a prática de órgãos judiciais, especialmente dos Tribunais Superiores, criarem requisitos para a admissibilidade recursal ou para o ajuizamento de ações, bem como a interpretação restritiva de requisitos previstos em lei, com o objetivo de evitar o conhecimento de recursos ou o ajuizamento de ações<sup>3</sup>.

No caso do controle concentrado, são exemplos de jurisprudência defensiva: a distinção entre legitimados universais – que podem ajuizar ADI sobre qualquer tema – e legitimados especiais – que só podem ajuizar ADI que tenha pertinência temática com os interesses que estão constituídos para defender; a restrição do objeto da ADI, que não inclui leis e atos normativos anteriores à Constituição de 1988; e o entendimento de que as entidades de classe são apenas as associações de âmbito nacional que representam os interesses homogêneos de uma categoria profissional ou econômica.<sup>4</sup>

Porém, em julgados recentes, o STF revisitou alguns de seus principais entendimentos sobre: 1. Quem pode ajuizar ações no controle concentrado, ampliando o conceito de entidades de classe de âmbito nacional; 2. O que pode ser questionado no controle concentrado, possibilitando o controle de omissões legislativas genéricas e a declaração de estados de coisa como inconstitucionais; 3. Os efeitos de suas decisões, objetivando dar maior efetividade ao controle de omissões inconstitucionais.

Neste trabalho, tentamos mostrar como algumas dessas transformações modificam a jurisprudência defensiva do Tribunal, com o potencial de fortalecer a defesa de direitos fundamentais e aumentar o diálogo institucional com os outros Poderes. Contudo, especialmente na dimensão dos efeitos, as inovações analisadas podem trazer consequências negativas na relação com os outros Poderes.

Como metodologia, além da tradicional pesquisa bibliográfica e documental, apresentamos recentes julgados do STF que exemplificam as três dimensões de expansão do controle de constitucionalidade aqui tratadas, como as Arguições de Descumprimentos de Preceito Fundamental (ADPF) 709 e 991 e as Ações Diretas de

2. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.
3. CARVALHO, Artur de Paiva Marques. *Jurisprudência defensiva: da identificação do problema à sua resolução*. 2015. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015. p. 29-31.
4. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014. p. 31.



Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, 54, 59 e 63. Já quanto à estrutura, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, apresentamos a ampliação da legitimidade ativa para recorrer ao controle concentrado, em razão do novo entendimento sobre o que são entidades de classe. Na segunda, tratamos das inovações em sede de ADO, especialmente a expansão do seu objeto de controle e os efeitos decorrentes de uma decisão que reconhece a existência de omissão inconstitucional. Na terceira parte, apresentamos inovações na utilização da ADPF, que permite o reconhecimento de uma realidade como inconstitucional e a condução de processos estruturais no STF.

## 2. LEGITIMIDADE: REVISITANDO A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DO STF

Uma das mais importantes inovações da Constituição de 1988 foi a ampliação do rol de legitimados para ajuizar ações do controle concentrado<sup>5</sup>. Antes, apenas o Procurador-Geral da República (PGR) tinha legitimidade para deflagrar o controle concentrado. Agora, além do PGR, o art. 103 autoriza que o Executivo e o Legislativo (federal e estadual), a OAB, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional ajuízem as ações do controle concentrado.

A ampliação de legitimados não foi bem recebida pelo Supremo Tribunal Federal durante a elaboração da Constituição. À época, o Tribunal tentou conter a ampliação<sup>6</sup>. Ainda em 1986, enviou mensagem pública à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, com sugestões sobre o tratamento constitucional do Poder Judiciário. No documento, que foi publicado pelo jornal O Estado de São Paulo em 03.08.1986, o Tribunal defende que a

“[...] representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual a certos órgãos do Poder Público (Executivo, Legislativo e Judiciário) ou, mesmo, a entidades de direito público ou privado, entendeu a Corte que ela deve continuar a cargo, exclusivamente, da Procuradoria Geral da República.”<sup>7</sup>.

5. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 139.
6. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas IUS*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.
7. O ESTADO DE SÃO PAULO. *Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. São Paulo, 1986. Disponível em: [[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986\\_JUL%20a%20AGO\\_079.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986_JUL%20a%20AGO_079.pdf?sequence=1)]. Acesso em: 27.01.2023.

Em julho de 1987, o Ministro José Carlos Moreira Alves, que permaneceu no Tribunal de 1975 até 2003, criticou a proposta de ampliação do rol de legitimados que tramitava na Assembleia Nacional Constituinte. Conforme apontava o Ministro, “É demais”<sup>8</sup> uma lista de legitimados que preveja diferentes órgãos políticos, federais e estaduais, bem como entidades da sociedade civil organizada. No entanto, se, por um lado, o STF criticava a ampliação do acesso ao controle concentrado, por temer uma sobrecarga de trabalho, o mesmo Supremo resistia à criação do STJ,<sup>9</sup> à diminuição de suas competências e à sua transformação em uma Corte Constitucional.<sup>10</sup>

O fato é que o Supremo não conseguiu conter a ampliação de legitimados. Não textualmente. Na prática, contudo, o STF da década de 1990 construiu uma jurisprudência defensiva, tomando decisões que restringiram o alcance do controle concentrado de constitucionalidade. No julgamento da ADI 894, o Tribunal entendeu que a União Nacional dos Estudantes (UNE) não tinha legitimidade ativa, por não se enquadrar no conceito de entidade de classe. O voto do Ministro Néri da Silveira, relator da ação, sintetiza a orientação do STF sobre o tema:

“No que concerne à ‘entidade de classe’ de âmbito nacional (‘segunda parte’, do inciso IX do art. 103 da Constituição), vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre se informar a noção de “classe” de conteúdo, profissional ou econômico, determinado. Assim têm se admitido como entidade de classe de âmbito nacional a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional do Ministério Público, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia, associações nacionais de áreas da produção, do comércio e da indústria.”<sup>11</sup>

8. FOLHA DE SÃO PAULO. *Para Ministros do STF, mecanismos de controle devem sofrer mudanças*. São Paulo, 1987. Disponível em: [<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/129087/julho87%20-%200327.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]. Acesso em: 27.01.2023.
9. O ESTADO DE SÃO PAULO. *Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. São Paulo, 1986. Disponível em: [[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986\\_JUL%20a%20AGO\\_079.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986_JUL%20a%20AGO_079.pdf?sequence=1)]. Acesso em: 27.01.2023.
10. O ESTADO DE SÃO PAULO. *Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. São Paulo, 1986. Disponível em: [[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986\\_JUL%20a%20AGO\\_079.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986_JUL%20a%20AGO_079.pdf?sequence=1)]. Acesso em: 27.01.2023.
11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 894*. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, 1993. p. 2247. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346674>]. Acesso em: 30.01.2023.

A interpretação restritiva adotada pelo Tribunal decorre da importação do conceito de “classe” utilizado no Direito do Trabalho, especialmente na CLT. Nessa perspectiva, classe é um grupo de pessoas ligadas entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, sendo possível identificar uma homogeneidade de interesses entre os membros do grupo. Compreendido dessa forma, a expressão “entidades de classe” excluiria associações destinadas à defesa de direitos humanos<sup>12</sup>.

Em 2015, houve o primeiro indício de que a jurisprudência defensiva do Tribunal poderia ser revertida. Na ADI 5291, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, argumentou que o entendimento de que a expressão “classe” só incluiria grupos profissionais ou econômicos, o que amesquinha o caráter democrático da jurisdição constitucional e reduzia a potencialidade de interação entre o STF e a sociedade.

O tema voltou à discussão em 2018, no âmbito da ADPF 527. O relator da ação, Ministro Luís Roberto Barroso, reconheceu que a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ALGBT) não se enquadrava na definição tradicional de entidade de classe.

Apesar disso, o relator defendeu a superação da jurisprudência defensiva do Tribunal, a fim de possibilitar a defesa de direitos fundamentais por grupos que atuam na proteção de segmentos sociais vulneráveis. O Ministro defendeu a modificação no entendimento do Tribunal com base em três argumentos: (i) as justificativas que levaram o STF a formular um conceito restritivo de entidade de classe não estariam mais presentes; (ii) a interpretação restritiva dificultaria a atuação do Tribunal na proteção de direitos fundamentais com celeridade e efetividade; (iii) a interpretação restritiva violaria o princípio da igualdade e causaria prejuízo desproporcional a grupos vulneráveis. Em suas palavras:

*“Deve-se buscar interpretação, que permita que grupos vulneráveis e minoritários, unidos pela luta por direitos fundamentais, possam acessar o controle concentrado da constitucionalidade? Parece-me que a resposta é inequivocamente positiva por três ordens distintas de fundamentos. Em primeiro lugar, as justificativas que levaram o STF a construir uma interpretação restritiva do significado de ‘classe’ não estão mais presentes. Em segundo lugar, o resultado de tal interpretação implica violação à teleologia e ao sistema da Constituição e impede que o Supremo cumpra uma dimensão fundamental da sua missão institucional: a proteção de direitos fundamentais com celeridade, efetividade e em ampla escala. Em terceiro*

---

12. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

*lugar*, trata-se de interpretação que enseja a violação da igualdade por impacto desproporcional sobre grupos minoritários (grifos no original).<sup>13</sup>

Recentemente, nas ADPFs 709<sup>14</sup> e 991<sup>15</sup>, o Tribunal reconheceu a legitimidade ativa da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. No julgamento que referendou medida cautelar na ADPF 709, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, defendeu que o termo “classe” deve ser compreendido como o conjunto de pessoas ligadas por uma mesma atividade econômica, profissional ou, ainda, pela defesa de interesses de grupos vulneráveis e/ou minoritários cujos membros as integrem. Trata-se de avanço importante, que favorece o acesso à jurisdição constitucional por entidades que atuam na defesa de direitos fundamentais, especialmente para grupos vulneráveis<sup>16</sup>.

### 3. ADO: FORTALECENDO O CONTROLE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

Tendo em vista o histórico de inefetividade constitucional no Brasil, a atual Constituição não só criou obrigações para o Poder Público, mas também previu mecanismos para impedir inércias que comprometam o projeto constitucional<sup>17</sup>. Dois instrumentos principais foram positivados na Constituição com esse objetivo: o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, § 2º.

13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2018. p. 7. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&text=.pdf>]. Acesso em: 30.01.2023.
14. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020c. p. 10-11. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&text=.pdf>]. Acesso em: 15.12.2022.
15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991*. Decisão monocrática sobre os pedidos cautelares. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 2022c. p. 14-16. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354873433&text=.pdf>]. Acesso em: 16.12.2022.
16. SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos, Democracia e República*: escritos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018. BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecechi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 164-196, 2018. p. 189.
17. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2024. p. 275.

Neste tópico, veremos como o objeto de controle da ADO foi ampliado nos últimos anos, possibilitando o controle de omissões normativas genéricas e, em alguns casos, também omissões concretas. Além disso, os efeitos das decisões em ADO ganharam maior efetividade, com prevalência da corrente concretista moderada.

### 3.1. A ampliação do objeto da ADO

A criação da ADO foi bastante influenciada pela Constituição portuguesa de 1976, uma das primeiras a prever instrumentos para o controle judicial de omissões legislativas inconstitucionais<sup>18</sup>. Em seu art. 283, a Constituição de Portugal dispõe que o Tribunal Constitucional, quando requerido, verificará o descumprimento da Constituição por meio da omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais<sup>19</sup>. Caso o Tribunal entenda que há omissão inconstitucional, dará ciência ao órgão legislativo competente.

No caso de Portugal, a interpretação tradicional é a de que só existirá omissão legislativa inconstitucional no caso de normas constitucionais que estabeleçam, expressamente, o dever de regulamentação legislativa<sup>20</sup>. É preciso que o dispositivo constitucional diga que a matéria por ele tratada deve ser regulamentada na forma da lei. Por outro lado, não seria possível alegar a existência de uma omissão constitucional de caráter genérico.

---

18. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 13-69, 2009. p. 50-53.

19. 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: [<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art283>]. Acesso em: 13.07.2024.

20. “Em síntese, a omissão legislativa inconstitucional apresenta os seguintes pressupostos: (a) que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; (b) que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; e (c) que nas circunstâncias concretas da prática legislativa faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma”. BOHNENBERGER, Alan. *Inconstitucionalidade por omissão e direitos fundamentais*. 2010. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011. p. 65.

Adotando-se essa definição, caso o Legislador não elabore atos normativos para dar efetividade a direitos sociais que não estabelecem expressamente o dever de legislar, não será possível alegar a existência de omissão inconstitucional. Nas palavras de Canotilho: “A omissão legislativa só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexiona com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.”<sup>21</sup>

No Brasil, por muito tempo se entendeu de forma semelhante à experiência portuguesa<sup>22</sup>. Nessa perspectiva, haveria omissão inconstitucional quando a Constituição impusesse um dever expresso e específico de ação para o Legislativo ou o Executivo e esses poderes se abstivessem de realizá-lo, praticando conduta negativa diante de ordem certa e expressa emanada da Constituição, após decurso de tempo determinado ou razoável<sup>23</sup>.

A jurisprudência do STF sobre o tema seguia em sentido semelhante, restringindo o objeto da ADO às omissões legislativas específicas<sup>24</sup>. No julgamento de diferentes ADOs<sup>25</sup>, os Ministros ressaltaram que só há omissão inconstitucional se houver

21. CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367, p. 354-355.
22. “Dessa maneira, é possível concluir que, para a configuração de determinada omissão inconstitucional, passível de discussão no âmbito de ADO, é necessária a existência de violação direta a dispositivo certo e determinado que estabeleça em seu texto a obrigatoriedade da atividade normatizadora para completar seu sentido e torná-la plenamente exequível”. SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 395-418, jan./abr. 2018. p. 401. CARRAZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 35-52, jul./set. 1993. p. 37.
23. MALUF, André Luiz. *Omissão inconstitucional e sentenças normativas: limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 39.
24. FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *A quem interessa o controle concentrado da omissão inconstitucional: exame crítico acerca dos resultados produzidos pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. 2015. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. p. 61-62.
25. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 2012. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641612]. Acesso em: 07.06.2024; BRASIL. Supremo Tribunal



imposição expressa do texto constitucional. Dessa forma, a omissão seria sempre específica, tendo em vista a existência de dispositivo determinado que estabelece o dever de legislar sobre o tema. Não haveria omissão inconstitucional quando o dever de legislar fosse genérico, ou seja, quando não houvesse expressa imposição constitucional ou quando o dever decorresse de diferentes dispositivos. Em seu voto na ADO 26, o Ministro Alexandre de Moraes deixa claro esse entendimento, ao afirmar que:

“O controle abstrato de inconstitucionalidade por omissão prevê, ainda, a existência de um segundo pressuposto. O cabimento da ADO exige uma relação conflituosa entre a Constituição Federal e a atuação do Poder Público (Legislativo ou Executivo); ou seja, o autor da ação deve indicar ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a efetiva contradição entre a determinação de mandamento constitucional expresso na exigência de uma conduta positiva do Poder Público e sua inércia total ou parcial, caracterizada pela conduta negativa, caracterizadora da ‘omissão’. [...] O cabimento da ADO está vinculado diretamente à omissão do Poder Público em atender expressa determinação constitucional de atuação do Poder Público, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional. Exatamente, nessa conduta negativa consiste a inconstitucionalidade<sup>26</sup>”

Em síntese, o objeto da ADO sempre apresentou duas características principais na doutrina majoritária e na jurisprudência do STF: (i) a omissão é legislativa, não concreta<sup>27</sup>; (ii) para que haja omissão, é preciso identificar qual dispositivo constitucional impõe expressamente o dever de regulamentação legislativa.

---

Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 37*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 2019. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5092096]. Acesso em: 07.06.2024.

26. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 2019. p. 231-232. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053]. Acesso em: 07.06.2024.

27. Apesar da jurisprudência tradicional do STF reconhecer apenas a omissão normativa, autores brasileiros já defendiam a possibilidade de controle de omissões concretas por meio de ADO. “Porém, a falta de ato de caráter não normativo, inclusive por poder ser enquadrado na previsão do art. 103, § 2º, da CF, que remete à ciência 854 para a ‘adoção de providências necessárias’, igualmente pode ser objeto de omissão inconstitucional e da correspondente ação direta. Pense-se, por exemplo, na falta de organização do Judiciário ou na insuficiência de estruturação da saúde pública. É possível falar, nessas hipóteses, de falta de tutela fático-concreta aos direitos fundamentais, que, como é óbvio, não sofrem



No entanto, os dois requisitos têm sido flexibilizados em decisões recentes do STF. Primeiro, o Tribunal tem reconhecido a possibilidade de omissões legislativas genéricas. No julgamento da ADO 59, que tratou da reativação do Fundo Amazônia, o Tribunal considerou desnecessário identificar dispositivo específico que estabeleça o dever de legislar. Desde que a edição de norma regulamentadora seja essencial para a efetivação de preceito constitucional, é possível defender a existência de um dever de legislar, especialmente se o dispositivo em questão estabelece direito fundamental. A Ministra Rosa Weber, relatora da ação, deixa isso claro ao afirmar que:

“A ideia de que o controle das omissões inconstitucionais se concentrava, precipuamente, nas hipóteses de normas constitucionais limitadas não subsiste na experiência constitucional mais atual, uma vez que o déficit de regulamentação dos direitos fundamentais decorre não do comando normativo expresso de dever de legislar, mas da insuficiência de sua proteção<sup>28</sup>”

Além de possibilitar que a ADO tenha como objeto omissões genéricas, especialmente quando relacionadas a direitos fundamentais, o Tribunal também reconheceu a possibilidade de omissões concretas serem questionadas pela referida ação. No julgamento da ADO 59, a Ministra Rosa Weber defendeu a importância de ampliar os tipos de omissão controláveis judicialmente. Tendo em vista a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, caso haja omissão normativa ou administrativa, incluindo aqui ações concretas para efetivar o direito em questão, será possível reconhecer a omissão inconstitucional<sup>29</sup>.

Outro exemplo importante dessa expansão é a ADO 54, que tratava de omissões normativas e concretas do Governo Federal para proteção da Amazônia, julgada em conjunto com a ADPF 760 em 2024. Já em sua inicial, a parte autora reconhece que o objeto da ADO não é apenas a falta de legislação, mas também a insuficiência

---

apenas com a carência de tutela normativa, mas também com a ausência de tutela fática de natureza administrativa”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 859.

28. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 59*. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 2022. p. 39. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5930766]. Acesso em: 07.06.2024.
29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 59*. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 2022. p. 39-41. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5930766]. Acesso em: 07.06.2024.

de medidas administrativas concretas capazes de dar efetividades aos preceitos constitucionais<sup>30</sup>.

Interessante notar que, na ADO 54, além de omissões fáticas, os dispositivos constitucionais violados com a omissão são arts. 23, incs. VI e VII, e 225, *caput* e § 1º, incs. VI e VII da Constituição Federal. Os dispositivos mencionados fazem referência a condutas concretas que devem ser adotadas pelo Poder Público, além de não apresentarem expressamente um dever de legislar. Assim, a ADO 54 exemplifica a dupla expansão referida neste tópico, ao possibilitar que omissões normativas e fáticas sejam objeto de controle pelo Tribunal, sem apontar dispositivos constitucionais que fixem comandos específicos para elaboração de legislação.

### 3.2. A tendência de decisões concretistas

Por fim, há relevantes mudanças quanto aos efeitos de decisões no âmbito do controle de omissões inconstitucionais. O Tribunal tem atuado para garantir não só a proteção normativa da Constituição, mas também para desenvolver remédios judiciais capazes de tutelar adequadamente os direitos fundamentais e promover a efetividade do projeto constitucional<sup>31</sup>.

Como mencionado, a previsão constitucional da ADO foi muito influenciada pela experiência portuguesa. Em seu art. 283, a Constituição de Portugal dispõe que o Tribunal Constitucional, quando requerido, verificará o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. Caso Tribunal entenda que há omissão inconstitucional, dará ciência ao órgão legislativo competente. Da mesma forma, o art. 103, § 2º, da Constituição de 1988, estabelece que, declarada 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.

Por causa da redação do dispositivo, a jurisprudência tradicional do Supremo adotou a chamada corrente não concretista em sede de ADO<sup>32</sup>. Nesse modelo,

30. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54*. Rel. Min. André Mendonça. Brasília, 2024. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=5757017]. Acesso em: 07.06.2024.

31. MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 31.

32. PASCHOAL, Gustavo Henrique; BARBOZA, Marco Aurélio Gomes. Da inefetividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em Ação Direta de Inconstitucionalidade por

ao identificar uma omissão normativa total – a inexistência de legislação que deveria ser criada mediante imposição constitucional –, o Tribunal reconhece a inconstitucionalidade da inércia legislativa e comunica a sua decisão ao Poder competente para sanar a lacuna. Na melhor das hipóteses, pode ser fixado prazo para que a omissão seja sanada. Porém, caso a legislação necessária não seja editada no prazo apontado pelo Tribunal, não há mais o que fazer<sup>33</sup>.

Por outro lado, fala-se em modelo concretista quando o Tribunal, ao reconhecer a omissão inconstitucional, determina como a lacuna será preenchida<sup>34</sup>. Caso o Tribunal estabeleça uma alternativa com efeito imediato, trata-se de modelo concretista direto. Caso seja concedido prazo para que o Congresso atue antes que a solução definida pelo Tribunal seja adotada, trata-se de modelo concretista moderado.

A ADI 3682, que questionava a omissão na regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição Federal<sup>35</sup>, exemplifica o modelo não-concretista. No julgamento do caso, o STF estabeleceu o prazo de 18 meses para que a omissão fosse sanada. Na ocasião, o relator da ação, Min. Gilmar Mendes, ressaltou que não estava impondo um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional. Seria apenas uma indicação de parâmetro temporal razoável para que a lacuna fosse preenchida. Porém, 15 anos depois, a lei exigida na decisão não foi editada<sup>36</sup>. Isso mostra que, mesmo

---

Omissão e em Mandado de Injunção. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 275-302, jul./dez. 2011. p. 289-290.

33. ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DF. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 131-155, out./dez. 2021. p. 149-150.
34. SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: possibilidade do judiciário suprir as omissões do Estado. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 193-228, 2012. p. 210.
35. “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”.
36. Além da ADI 3682, o STF também julgou as ADIs 2240, 3316, 3489 e 3689, que tinham como objeto leis estaduais que criavam municípios, ainda que inexistente a lei complementar federal necessária. Ao julgar essas ADIs, o STF manteve a vigência dos atos impugnados pelo prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento,

com a fixação de prazo, inexistia mecanismo para obrigar o legislador a sair de sua inércia, tampouco a lacuna seria preenchida pelo Tribunal.

A jurisprudência sobre o tema começou a mudar com o julgamento da ADO 25, em que foi reconhecida a mora do Congresso Nacional em regulamentar o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O Tribunal, além de reconhecer a omissão inconstitucional, estabeleceu o prazo de 12 meses para que a lacuna normativa fosse preenchida. Entretanto, diferentemente dos outros prazos meramente indicativos que eram estabelecidos em ADO, o Tribunal deu um passo a mais: caso o prazo fosse desrespeitado, caberia ao Tribunal de Contas da União (TCU) sanar a lacuna existente, nos termos fixados pela decisão judicial<sup>37</sup>. Pode-se falar que, neste caso, o STF adotou uma corrente concretista intermediária ou moderada, dando uma última oportunidade para que o Congresso solucionasse o problema.

Com o objetivo de dar maior efetividade às suas decisões em ADO, o Tribunal avançou ainda mais no julgamento da ADO 26<sup>38</sup>, adotando a corrente concretista direta<sup>39</sup>. Nesse modelo, o Tribunal, além de reconhecer a existência de mora inconstitucional, estabelece imediatamente uma solução aplicável ao caso omissivo. Ainda que o Legislativo possa modificar a solução adotada por meio de lei posterior, as regras fixadas pelo Tribunal irão preencher a lacuna existente a partir do momento do julgamento.

---

compatível com a Constituição Federal. Em resposta, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 57/2008, que regularizou a situação de 57 municípios criados de forma inconstitucional, com base unicamente na legislação estadual. Sobre o tema, Cf. VALLE, Vanice Lirio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 35-59, jan./mar. 2009.

37. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2019. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>]. Acesso em: 14.06.2024.
38. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 2019. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>]. Acesso em: 03.07.2024.
39. Sobre a atuação normativa do STF neste caso, bem como sobre a discussão relacionada à violação do princípio da legalidade, Cf. SEIXAS, Bernardo Silva de; THAMAY, Rennan Faria Krüger. A decisão judicial na ADO nº 26 e o MI nº 4.733 e a supressão da omissão inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 25-25, 2021. PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, Brasília, v. 11, n. 40, p. 4-15, 2020.

No caso da ADO 26, julgada em conjunto com o Mandado de Injunção 4733, em 13.06.2019, o Plenário aprovou a tese proposta pelo relator, Ministro Celso de Mello, formulada em três pontos: (i) até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/1989 e, no caso de homicídio doloso, constituem circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe; (ii) a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio; (iii) o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Contudo, em decisões mais recentes, o Tribunal apresenta uma tendência de consolidar a corrente intermediária em sede de ADO. No julgamento da ADO 20, em 14.12.2023, o STF reconheceu omissão legislativa sobre a regulamentação do direito à licença-paternidade e fixou prazo de 18 meses para que o Congresso edite lei sobre o tema<sup>40</sup>. Caso o prazo seja descumprido, o Tribunal irá definir o período da licença, preenchendo a lacuna normativa.

De forma semelhante, no julgamento da ADO 63, em 06.06.2024, o Tribunal reconheceu omissão do Congresso Nacional em editar lei que garanta a preservação do bioma Pantanal<sup>41</sup>. Novamente, o Tribunal determinou que a omissão seja superada no prazo de 18 meses. Caso contrário, o Supremo poderá determinar providências supletivas para garantir o cumprimento de sua decisão e possibilitar a proteção do bioma.

No julgamento das ADOs 20 e 63, o Tribunal parece ser guiado por considerações que ultrapassam o âmbito do processo constitucional. Em suas argumentações, os Ministros adotam uma perspectiva pragmática, considerando também os efeitos políticos de uma decisão que estabeleça, imediatamente, como a lacuna normativa será preenchida.

Entendemos que as mudanças relatadas são positivas, desde que utilizadas com cautela. Por um lado, a adoção da corrente concretista moderada permite um controle mais forte da omissão inconstitucional. Antes, decisões em ADO funcionavam apenas como um apelo ao Legislador. Ainda que prazos fossem fixados, eles poderiam ser ignorados e nada aconteceria.

---

40. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 20*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 2023. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4288299>]. Acesso em: 03.07.2024.

41. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 63*. Rel. Min. André Mendonça. Brasília, 2024. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6132005>]. Acesso em: 03.07.2024.

Ao adotar o modelo concretista intermediário, o Tribunal respeita a competência do Legislativo para preencher a lacuna existente e tenta retirá-lo da inércia com a fixação de prazo para a elaboração da norma necessária. Porém, caso o Legislativo permaneça deliberadamente inerte, o STF poderá atuar como legislador provisório, criando condições mínimas para sanar a lacuna existente.

Por outro lado, o modelo concretista direto apresenta maiores riscos. Isso porque, além de reconhecer a mora legislativa, o STF já poderia preencher a lacuna existente de forma imediata. Consideramos que o modelo intermediário consegue promover maior diálogo institucional, possibilitando que a decisão retire o Legislativo de sua inércia e atenda ao apelo do STF. Caso nada ocorra, o prazo fixado não será vazio, já que o Tribunal poderá fixar regras provisórias para sanar a lacuna.

#### 4. ADPF: A REALIDADE COMO OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Durante boa parte do século passado, a jurisdição constitucional era vista como um legislador negativo<sup>42</sup>. A partir do momento em que uma lei fosse considerada contrária à Constituição, a sua nulidade seria declarada e, conseqüentemente, ela seria removida do ordenamento jurídico. Após a década de 1950, o controle de constitucionalidade passou a englobar também as omissões legislativas inconstitucionais, em países como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Hungria e Brasil<sup>43</sup>.

Apesar de a novidade ser acolhida no Brasil, mediante a previsão da ADO, a questão central ainda era normativa. Isto é: ou há ato normativo que contraria a Constituição, ou há falta de ato normativo necessário à efetividade constitucional. A norma jurídica, ou a sua inexistência, permanecia como ponto central do controle de constitucionalidade. A inovação tratada neste tópico revela uma nova dimensão do controle de constitucionalidade brasileiro. Agora, além de ações e omissões normativas, é possível questionar realidades como inconstitucionais, demandando do Poder Público um conjunto de ações e omissões para transformar o estado de coisas contrário à Constituição.

---

42. KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). *Direito Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 90-130, 2003. p. 110. Sobre a atividade criadora de Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, Cf. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

43. SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 13-69, 2009. p. 50-53.



Isso tem sido possível graças ao amplo objeto de controle da ADPF, uma das novas ações de controle concentrado criadas pela Constituição. Apesar de estar prevista no art. 102, § 1º, o texto constitucional não especifica o que são preceitos fundamentais e qual o objeto da ação. A regulamentação normativa da ADPF foi feita apenas em 1999, na Lei 9.882. Em seu art. 1º, a lei dispõe que a ADPF tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultado de ato do Poder Público. A partir disso, é importante ressaltar que: (i) a lei estabelece o dever de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, sem especificar como o Tribunal deve fazer isso; e (ii) a lesão pode decorrer de qualquer ato do Poder Público, não só de atos e omissões normativas<sup>44</sup>.

A ação viabiliza um controle concentrado concreto, mediante a judicialização de ações e omissões fáticas<sup>45</sup>, que originam ou agravam um estado de coisas violador de direitos fundamentais. Assim, a ADPF permite que o STF realize um controle da efetividade do projeto constitucional,<sup>46</sup> podendo analisar a constitucionalidade de atos normativos, atos e omissões concretas, e até mesmo constatar a existência de um estado de coisas inconstitucional.

Em razão do amplo objeto de controle da ADPF, o STF tem recebido, desde 2015, importantes ações estruturais<sup>47</sup>. Essas ações têm como principal objetivo transformar um “estado de coisas A”, em que há graves violações a direitos fundamentais, em um “estado de coisas B”, no qual esses direitos são adequadamente protegidos.

---

44. JACQUES, Felipe; BASTOS, Antônio. ADPF: a defesa dos preceitos fundamentais no controle judicial de atos políticos. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 4, n. 1, p. 91-111, 2018. p. 100.

45. SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamentos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, n. 1, p. 95-116, abr./jun. 2001, p. 101-102.

46. MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 31. SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. *A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção: condições de fixação de técnicas estruturantes para o exercício de direitos assegurados constitucionalmente*. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; ABBOUD, Georges (coord.). *Processo constitucional brasileiro: propostas e reformas*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 111-135, p. 117-118.

47. Cf. CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decidindo quando intervir: critérios para identificar ações estruturais prioritárias. *Revista Estudos Institucionais*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 661-668, maio/ago. 2024. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Os processos estruturais no Supremo Tribunal Federal: repensando o processo constitucional e sua intervenção em políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 49, n. 349, p. 365-392, mar. 2024.



Para modificar a realidade contrária ao Direito, é necessário reorganizar uma política ou estrutura, pública ou privada, que cause, viabilize ou seja responsável pela violação sistemática de direitos fundamentais.<sup>48</sup>

Como explica Marco Félix Jobim,<sup>49</sup> os processos estruturais têm origem no caso *Brown v. Board of Education*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas. Contudo, os Estados americanos, especialmente os do Sul do país, não demonstraram reais intenções de implementar a decisão judicial. Assim, em 1955, a Corte determinou que os juízes locais promovessem a dessegregação racial, que deveria ser realizada o mais rápido possível (*with all deliberate speed*).<sup>50</sup> A decisão ficou conhecida como *Brown II*. Após o julgamento, os processos estruturais foram utilizados em diversos outros casos nos Estados Unidos, inclusive na reforma de prisões e instituições de saúde mental.<sup>51</sup>

No caso do processo estrutural, o que está em discussão não é a inconstitucionalidade de atos normativos, tampouco a ausência de normas. A questão central é que existe uma realidade gravemente contrária à Constituição, a qual assim permanece em virtude de ações e omissões concretas do Poder Público. Considerando-se como objeto de controle da ADPF qualquer ato do Poder Público – ações e omissões, normativas ou não –, é possível que o STF conduza processos estruturais no âmbito de sua jurisdição.

A primeira ação expressamente estrutural a chegar no STF foi a ADPF 347, ajuizada em 2015. O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), tendo em vista a situação caótica e degradante do sistema prisional brasileiro, requereu que o STF reconhecesse um Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) do sistema prisional. O ECI é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, utilizada

---

48. VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 60.

49. Cf. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 110-112. JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. *Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education (I e II)*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). *Processos Estruturais*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 883-900.

50. RENDLEMAN, Doug. *Brown II's All Deliberate Speed at Fifty: A Golden Anniversary or a Midlife Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy*. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 41, n. 4, p. 1575-1616, jun. 2004. p. 1584-1586.

51. SCHLANGER, Margo. *Beyond the hero judge: Institutional Reform Litigation as Litigation*. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 97, p. 1994-2036, 1999. p. 1994-1995.

em casos de graves litígios estruturais de âmbito nacional, quando uma determinada realidade ocasiona profunda e sistemática violação a direitos fundamentais<sup>52</sup>.

A ação foi julgada em 04.10.2023, cabendo ressaltar três pontos principais. Primeiro: reconheceu-se a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos, exigindo a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. Segundo: determinou-se que a União, os Estados e o Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/GNJ) elaborassem planos a serem submetidos à homologação do STF, com vistas a superar o problema identificado no sistema carcerário. Terceiro: previu-se que o CNJ realizaria estudo e regularia a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Atualmente, existem outras ADPFs em curso que possuem caráter estrutural. São elas: a ADPF 635, que trata da política de segurança pública do Rio de Janeiro e da alta letalidade da polícia estadual; a ADPF 709, que trata da proteção do direito à saúde da comunidade indígena, mediante a desintrusão de terras indígenas ocupadas e a reestruturação do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS); as ADPFs 743, 746, 760 e 857, que tratam de falhas estruturais na proteção da Amazônia e do Pantanal; a ADPF 973, que trata do racismo institucional; a ADPF 976, que trata de falhas estruturais nas políticas de assistência à população em situação de rua; e a ADPF 991, que trata da proteção do território de povos indígenas isolados ou de recente contato.

A possibilidade de utilizar a ADPF para realizar o controle de ações e omissões concretas do Poder Público é um avanço importante para a proteção de direitos fundamentais, especialmente dos grupos mais vulneráveis. Não à toa, os processos estruturais no STF têm como principais beneficiários as comunidades indígenas, as pessoas que estão no sistema prisional, a população em situação de rua e as vítimas da violência policial, grupos que são sub-representados no meio político e que encontram maiores dificuldades em proteger seus direitos fundamentais no Executivo e no Legislativo.

A atuação do Tribunal nesses casos está em conformidade com seu papel contramajoritário. Porém, em vez de só reconhecer a existência de uma realidade

---

52. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 342, ano 48, p. 365-392, ago. 2023. p. 369.

inconstitucional, o STF dá um passo a mais: determina a apresentação de um plano para solucionar o problema. Em vez de detalhar o que o Poder Público deve fazer, o que acarretaria as críticas de ameaça à separação de poderes e falta de capacidade institucional, o Tribunal busca desenvolver um diálogo interinstitucional com os órgãos envolvidos e os grupos afetados, delegando ao Executivo a tarefa de elaborar o plano de ação. Trata-se de transformação com potencial para fortalecer a efetividade de suas decisões.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afirmar que o Direito não é estático, mas dinâmico e mutável, de acordo com o seu intérprete e o seu contexto, não é uma novidade. Ainda assim, não é incomum pensarmos que as competências dos órgãos públicos possuem uma delimitação estática e meramente decorrente da literalidade textual. Mesmo que o texto estabeleça importantes limites para essas atribuições, a forma como os tribunais o interpretam pode expandir ou restringir o seu âmbito de atuação.

Neste artigo, procuramos demonstrar que isso está ocorrendo no Supremo Tribunal Federal e que há relevantes transformações em curso no controle concentrado de constitucionalidade. Identificamos essas inovações em três dimensões: legitimidade, objeto e efeitos das ações do controle concentrado. Quanto à legitimidade, vimos como o Tribunal modificou a sua jurisprudência defensiva, ampliando o conceito de entidade de classe e permitindo que entidades defensoras de direitos fundamentais de grupos vulneráveis possam questionar a constitucionalidade de atos do Poder Público.

Quanto ao objeto, constatamos modificações relevantes tanto no ajuizamento de ADOs como de ADPFs. No âmbito da ADO, a tendência do Tribunal é reconhecer a existência de omissões legislativas genéricas, sem a necessidade de uma norma constitucional expressamente ordenando a produção de uma legislação específica. Além disso, já existem casos de ADO questionando omissões concretas, como é o caso das ADOs 54 e 59. Já no âmbito da ADPF, vimos que esta ação tem sido utilizada para conduzir processos estruturais no Tribunal, cujo principal objetivo é modificar um estado de coisas em desconformidade com a Constituição, que gera graves violações a direitos fundamentais.

Por fim, quanto aos efeitos, vimos que o Tribunal modificou o seu entendimento sobre as consequências de decisões que reconhecem omissões inconstitucionais. Em um primeiro momento, o STF adotou o modelo não-concretista em ADO, apenas reconhecendo a existência da lacuna normativa e, no máximo, fixando prazos não vinculantes para o Legislativo. A partir da ADO 25, há uma maior preocupação

com a efetividade das decisões do Tribunal que reconhecem omissões inconstitucionais. Em decisões mais recentes, o STF segue adotando a corrente concretista moderada, como mostra o julgamento da ADO 63.

De forma geral, as transformações apresentadas aqui demonstram a preocupação do Tribunal com dois pontos principais: (i) a abertura da instituição para grupos vulneráveis e minoritários; (ii) a garantia da efetividade de suas decisões, especialmente quando direitos fundamentais forem gravemente violados. É certo que algumas inovações ainda estão em fase inicial e devem ser acompanhadas pela academia com atenção. São, ainda, mudanças que atraem mais questões para a apreciação do Tribunal e que podem aumentar a tensão entre ele e os demais poderes. Por outro lado, essas inovações têm potencial para impactar positivamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e diminuir a distância entre as promessas constitucionais e a realidade.

## 6. REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO nº 26/DE AC – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 131-155, out./dez. 2021.
- ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas IUS*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2717-2228, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOHNENBERGER, Alan. *Inconstitucionalidade por omissão e direitos fundamentais*. 2010. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- BRANDÃO, Rodrigo; NUNES, Daniel Capecchi. O STF e as entidades de classe de âmbito nacional: a sociedade civil e seu acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 164-196, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 894*. Rel. Min. Néri da Silveira. Brasília, 1993. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346674>]. Acesso em: 30.01.2023.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 3*. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 2012. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641612>]. Acesso em: 07.06.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 37*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 2019. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5092096>]. Acesso em: 07.06.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 2019. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>]. Acesso em: 07.06.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 59*. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 2022. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5930766>]. Acesso em: 07.06.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54*. Rel. Min. André Mendonça. Brasília, 2024. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5757017>]. Acesso em: 07.06.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 25*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 2019. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4454964>]. Acesso em: 14.06.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 2019. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>]. Acesso em: 03.07.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 20*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 2023. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4288299>]. Acesso em: 03.07.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 63*. Rel. Min. André Mendonça. Brasília, 2024. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6132005>]. Acesso em: 03.07.2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 527*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2018. Disponível em: [<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314765393&ext=.pdf>]. Acesso em: 30.01.2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709*. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343710124&ext=.pdf>]. Acesso em: 15.12.2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 991*. Rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 2022. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354873433&text=.pdf]. Acesso em: 16.12.2022.
- BREWER-CARIAS, Allan Randolph. *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos: O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial contra as Omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.
- CARRAZA, Roque Antonio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 163, p. 35-52, jul./set. 1993.
- CARVALHO, Artur de Paiva Marques. *Jurisprudência defensiva*: da identificação do problema à sua resolução. 2015. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.
- CASIMIRO, Matheus; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Decidindo quando intervir: critérios para identificar ações estruturais prioritárias. *Revista Estudos Institucionais*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 661-688, maio/ago. 2024.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *O controle de constitucionalidade no Brasil e no Direito Comparado*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.
- FOLHA DE SÃO PAULO. *Para Ministros do STF, mecanismos de controle devem sofrer mudanças*. São Paulo, 1987. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/129087/julho87%20-%200327.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em 27.01.2023.
- FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. O futuro do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: remédio judicial efetivo ou mera retórica? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 342, ano 48, p. 365-392, ago. 2023.
- FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo. *A quem interessa o controle concentrado da omissão inconstitucional: exame crítico acerca dos resultados produzidos pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão*. 2015. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- JACQUES, Felipe; BASTOS, Antônio. ADPF: a defesa dos preceitos fundamentais no controle judicial de atos políticos. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 4, n. 1, p. 91-111, 2018.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na Jurisdição Constitucional: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education* (I e II). In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM,



- Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). *Processos Estruturais*. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 883-900.
- KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). *Direito Público*, Belo horizonte, v. 1, n. 1, p. 90-130, 2003.
- MALUF, André Luiz. *Omissão inconstitucional e sentenças normativas: limites e possibilidades para a atuação criativa do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Os processos estruturais no Supremo Tribunal Federal: repensando o processo constitucional e sua intervenção em políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 49, n. 349, p. 365-392, mar. 2024.
- MELO, Teresa. *Novas técnicas de decisão do STF: entre inovação e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- O ESTADO DE SÃO PAULO. *Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*. São Paulo, 1986. Disponível em: [[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986\\_JUL%20a%20AGO\\_079.pdf?sequence=1](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/115152/1986_JUL%20a%20AGO_079.pdf?sequence=1)]. Acesso em: 27.01.2023.
- PASCHOAL, Gustavo Henrique; BARBOZA, Marco Aurélio Gomes. Da inefetividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e em Mandado de Injunção. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 275-302, jul./dez. 2011.
- PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). *Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros*, Brasília, v. 11, n. 40, p. 4-15, 2020.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, 1976. Disponível em: [<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art283>]. Acesso em: 13.07.2024.
- RENDLEMAN, Doug. Brown II's All Deliberate Speed at Fifty: A Golden Anniversary or a Midlife Crisis for the Constitutional Injunction as a School Desegregation Remedy. *San Diego Law Review*, San Diego, v. 41, n. 4, p. 1575-1616, jun. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção: condições de fixação de técnicas estruturantes para o exercício de direitos assegurados constitucionalmente. In: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; ABBOUD, Georges (coord.). *Processo constitucional brasileiro: propostas e reformas*. São Paulo: Almedina, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 224, n. 1, p. 95-116, abr./jun. 2001.



- SARMENTO, Daniel. Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 79-89.
- SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: Institutional Reform Litigation as Litigation. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 97, p. 1994-2036, 1999.
- SEGADO, Francisco Fernández. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, p. 13-69, 2009.
- SEIXAS, Bernardo Silva de; THAMAY, Rennan Faria Krüger. A decisão judicial na ADO nº 26 e o MI nº 4.733 e a supressão da omissão inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 25-45, 2021.
- SILVA, Gabriela Costa e; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Efeitos das decisões em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do Poder Público. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 395-418, jan./abr. 2018.
- SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: Possibilidade do Judiciário suprir as omissões do Estado. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 193-228, 2012.
- VALLE, Vanice Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, p. 35-59, jan./mar. 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.
- VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 60.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A projeção do controle concentrado de constitucionalidade como via de diálogo institucional no ordenamento jurídico brasileiro, de Márcia Haydée Porto De Carvalho e Pedro Nilson Moreira Viana – *RT* 1041/183-200;
- Decisões monocráticas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, de Leonardo Peteno Magnusson, Lucas Augusto Gaioski Pagani e Rennan Thamay – *RT* 1055/93-109;
- Do exame de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição da República de 1988: ordenamento constitucional anterior como paradigma, de Daury Cesar Fabriz e Paulo Henrique Resende Marques – *RDCI* 113/201-212; e
- O controle da constitucionalidade no Brasil e na Itália: um estudo comparativo prático e crítico entre os modelos, de Carlos Roberto Firme Filho – *RDCI* 111/15-56.

Uso exclusivo – proibida a reprodução

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# **Direito Estrangeiro e Comparado – Generalidades**

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# ACESSO À JUSTIÇA, ADVOGADOS PÚBLICOS E PRIVADOS – ESPECIALMENTE A DEFENSORIA PÚBLICA E A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA – BRASIL – ITÁLIA

*ACCESS TO JUSTICE, PUBLIC AND PRIVATE LAWYERS –  
ESPECIALLY THE PUBLIC DEFENDER’S OFFICE AND  
PREDATORY LITIGATION – BRAZIL – ITALY*

TERESA ARRUDA ALVIM

Livre-docente, Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professora Associada nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Membro nato do Conselho do IBDP. Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, membro da Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna e de outras academias. Coordenadora da *Revista de Processo* (RePro), publicação mensal da Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais. [teresaarrudaalvim@aalvim.com.br](mailto:teresaarrudaalvim@aalvim.com.br)

Recebido em: 26.08.2024  
Aprovado em: 16.09.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Constitucional; Processual

**RESUMO:** A autora compara advogados públicos no Brasil e na Itália, demonstrando que no primeiro país, há órgãos públicos cuja função é atender aqueles que não podem pagar advogado, dando exemplos expressivos do amplo âmbito de atuação desses profissionais. Na Itália, este público é atendido por advogados privados cadastrados no órgão de classe dos advogados italianos. O segundo tema tratado diz respeito ao que hoje se conhece como litigância predatória, fenômeno provavelmente decorrente, pelo menos em parte, do excesso de advogados que existem no país. Este excesso também existe na Itália, embora em diferentes proporções.

**PALAVRAS-CHAVE:** Litigância predatória – Advocacia gratuita – Âmbito de atuação do defensor público – Má-fé – Ações de massa.

**ABSTRACT:** The author compares public lawyers in Brazil and Italy, demonstrating that in the first country there are public bodies whose function is to serve those who cannot afford a lawyer, providing expressive examples of the broad scope of these professionals' work. In Italy, this public is served by private lawyers registered with the Italian Bar Association. The second issue dealt with concerns what is now known as predatory litigation, a phenomenon that is probably due, at least in part, to the excess of lawyers in the country. This excess also exists in Italy, albeit in different proportions.

**KEYWORDS:** Predatory litigation – Free legal advice – Scope of action of the public defender – Bad faith – Mass litigation.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A relevância dos advogados. 3. Ações Coletivas no Brasil. 4. A Defensoria Pública no Brasil. 4.1. Caso "Casamento coletivo indígena". 4.2. Caso "Os Flutuantes". 4.3. Caso "Viver Melhor I e II". 5. Advocacia para pessoas carentes – Itália. 6. Advocacia Privada. 6.1. Itália – situação atual. 6.2. Brasil – situação atual. 6.2.1. Litigância Predatória. 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Em<sup>1</sup> alguns momentos, faz-se um contraponto com o que ocorre na Itália. Trata-se de um tema a que os estudiosos nem sempre atribuem a importância devida.

Pretendo dizer algo sobre os advogados privados e sobre uma espécie de advogado público que existe no Brasil: o defensor.

É imprescindível, ainda que breve, a abordagem da ação civil pública brasileira, até mesmo para falar dos defensores públicos.

Abordarei o âmbito da atuação da defensoria, citando alguns exemplos bastante interessantes, em que o órgão desempenhou o seu papel de modo bastante elogiável.

Devo falar do número excessivo de advogados que temos no Brasil, assim como acontece na Itália, e de algumas das consequências nefastas dessa situação.

## 2. A RELEVÂNCIA DOS ADVOGADOS

No *direito brasileiro*, segundo a Constituição Federal de 1988, o advogado é considerado *indispensável para a administração da justiça*, tendo sua atividade protegida, quando no exercício de sua profissão, nos termos da lei.

Os advogados podem ser *privados*, isto é, profissionais liberais, contratados por seus clientes, pessoas físicas ou jurídicas. Os advogados podem ser, também, advogados *públicos*.

Nos últimos tempos, vem-se falando intensamente no Brasil sobre a “justiça multiportas”. Como se sabe, trata-se de uma tendência salutar no sentido de se entender que é dever do advogado, seja privado, seja público, encaminhar o cliente para o caminho mais adequado para que seu problema seja resolvido. O advogado, privado ou público, e até mesmo o Ministério Público, tem o *dever de, se as peculiaridades da situação indicarem*, encaminhar aquele(s) que o(s) procura(m) para

---

1. Este artigo foi a base da conferência proferida em Messina (Sicília, Itália), em junho de 2024, a convite do Professor Marco Gradi. Agradeço a Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa, Defensor Público-Geral do Estado do Amazonas, pela gentileza de haver-me cedido material fascinante sobre a atuação da Defensoria Pública naquele estado.

mediação, conciliação e negociação. Há algumas décadas, litigar perante o Poder Judiciário não tem sido visto como a única via para solucionar problemas jurídicos.

No *direito italiano*, a figura do advogado é reconhecidamente tida como imprescindível. É a única profissão à qual a Constituição italiana faz referência. Considera-se que a participação do advogado nos processos é essencial como decorrência de necessidade da *defesa técnica*. Entende-se que o *contraditório* garantido pelo art. 111 da Constituição italiana, que, em parte, se confunde com o *direito de defesa* previsto no art. 24 da mesma Constituição, são aspectos substanciais da *defesa técnica*.<sup>2</sup>

O direito de defesa é *inviolável*, e o corolário dessa inviabilidade é a irrenunciabilidade da presença do advogado.<sup>3</sup>

A jurisprudência da Corte Constitucional italiana é farta em referências à necessidade da presença do advogado.<sup>4</sup> Trata-se, obviamente, de uma escolha legislativa constitucional, que, no entanto, não é regra absoluta. O legislador, dentro dos limites da razoabilidade, pode dispensar a presença do advogado, em determinadas circunstâncias, permitindo a autodefesa, como ocorre no Brasil.

A irrenunciabilidade da presença do advogado<sup>5</sup> no processo, revela que a sua atividade tem objetivos cuja realização não pode ser deixada ao âmbito da disponibilidade do réu.<sup>6</sup>

2. As duas últimas alíneas do art. 112 da Constituição preveem o recurso de cassação contra decisões sobre liberdade pessoal e decisões do Conselho de Estado; portanto, a presença do advogado é imprescindível, pois se trata de peça extremamente técnica, que só pode ser elaborada por um profissional qualificado. (COCUZZA, Claudio. *Il ruolo dell'avvocato: il quadro di riferimento costituzionale italiano ed europeo*. Disponível em: [www.scuolaforensemilano.it/wp-content/uploads/2018/10/Relazione\_Avv\_Cocuzza.pdf]. Acesso em: 27.03.2024).
3. L'AVVOCATURA e la Costituzione. Roma: Consiglio Nazionale Forense, [2018]. p. 4. Disponível: [https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione]. Acesso em: 17.04.2024.
4. Exemplos: sent. n. 125 del 1979; sent. n. 120 del 1972; sent. n. 184 del 1974; sent. n. 99 del 1975; sent. n. 188 del 1980; sent. n. 498 del 1989, todos retirados de L'AVVOCATURA e la Costituzione. Roma: Consiglio Nazionale Forense, [2018]. Disponível: [https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione]. Acesso em: 17.04.2024.
5. Claudio Cocuzza comenta, em seu artigo “O papel do advogado, no contexto do quadro constitucional italiano e europeu”, o caso do processo que foi movido contra os chefes das Brigadas Vermelhas diante da Corte de “Assise” (tribunal que julga crimes graves) de Turim. O primeiro ato processual praticado pelos réus foi o de revogar o mandato que havia sido conferido aos seus advogados. O próprio presidente da Corte de Assise nomeou, de ofício,



Entende-se, na Itália, que a essencialidade de o advogado representar e agir em nome da parte em juízo é regra jurídica que *não pode ser modificada*, nem mesmo se houver uma eventual *revisão* da Constituição. O legislador de nível Constitucional não poderá suprimir a figura do advogado, porque está previsto, também na Constituição, o direito de defesa, que compreende, como dissemos, a *defesa técnica*. E o direito de defesa é um direito fundamental do cidadão e do não-cidadão, sem dúvida reconduzível àquele *núcleo irrenunciável* de princípios supremos do ordenamento e dos direitos fundamentais, que não podem ser modificados, mesmo que haja uma reforma da Constituição. A menos, é claro, que se viesse a subverter totalmente a ordem constitucional e fundar uma nova.<sup>7</sup>

Também na Itália observa-se a tendência de estimular a resolução consensual dos conflitos, devendo o advogado indicar, se for o caso, este caminho para seus clientes.

Nos dois países, tanto no Brasil quanto na Itália, a função do advogado é considerada indispensável para a *administração da justiça*. Por isso, o seu papel na sociedade não interessa apenas aos seus clientes; ao contrário, também tem um *viés público*.

---

um grupo de advogados, o que deixou os brigadistas manifestamente contrariados. Por isso, convidaram os advogados nomeados a recusar o encargo, não tendo jamais reconhecido o papel que eles deveriam desempenhar. A Corte de Assise entendeu sem fundamento a exceção de constitucionalidade levantada pelos advogados nomeados, no que diz respeito às normas do Código de Processo que não permitiam que o réu renunciasse aos advogados nomeados pela Corte, nem mesmo nos casos em que estivesse entendendo agir em sua autodefesa.

Os advogados nomeados prosseguiram na sua função e, no dia 28.04.1967, um deles foi assassinado pelas Brigadas Vermelhas no hall do seu próprio escritório.

Os outros advogados abandonaram o encargo. Naturalmente, os novos advogados nomeados precisavam decidir entre ceder ao medo e renunciar ao encargo, como desejavam as Brigadas Vermelhas; ou ignorar o pedido do cliente tendo em vista a imprescindibilidade do papel do advogado no processo.

Os novos advogados nomeados decidiram permanecer no papel que era exigido pela lei, mas apenas com o propósito de controlar o respeito às normas fundamentais de procedimento.

É assim que começa o texto do autor citado, relatando este dramático acontecimento, que é bastante simbólico no que tange à relevância do papel exercido pelo advogado no processo contemporâneo, especialmente na Itália.

6. LAVVOCATURA e la Costituzione. Roma: Consiglio Nazionale Forense, [2018]. p. 6. Disponível: [<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione>]. Acesso em: 17.04.2024.
7. COLAVITTI, Giuseppe. La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato. *Rivista di Diritto Civile*, v. 59, n. 2, 2013. p. 399.

Em ambos os países, trata-se de profissionais que devem agir com liberdade, autonomia e independência. A relevância de sua função decorre, entre outras coisas, do fato de que, através dele, se proporciona a atuação do direito constitucional fundamental de defesa.<sup>8</sup> Nessa medida, a função do advogado se reveste de um *aspecto publicístico*. Em ambos os países, a preocupação com o aspecto ético do exercício da profissão se revela de forma incisiva.

Vale a pena, ainda, uma referência rápida à relevância do advogado, que também se revela pela possibilidade de ele integrar órgãos constitucionais ou órgãos de importância constitucional. O art. 106, alínea 3, da Constituição italiana diz que podem ser nomeados para integrar a Corte de Cassação advogados que tenham, pelo menos, 15 anos de exercício, sendo inscritos nos registros especiais para atuar diante dos órgãos superiores de jurisdição.

Da mesma forma, a composição dos Tribunais brasileiros exige que 1/5 seja integrado por advogados com ilibada reputação e notável saber jurídico (art. 94, *caput* da Constituição Federal brasileira). Os ministros do Supremo Tribunal Federal são todos, a seu turno, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da Constituição Federal brasileira).

### 3. AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

No mundo todo, as ações coletivas foram concebidas para (a) permitir a apresentação de pedidos que não valeriam a pena ser apresentados individualmente (v.g., o caso dos biscoitos estragados); (b) conseguir a proteção efetiva de direitos que são intrinsecamente coletivos (v.g. o direito a respirar ar puro); (c) proporcionar a plena realização do princípio da igualdade, reduzindo assim a sobrecarga de trabalho dos tribunais.

Sempre tiveram o viés de proteger os mais pobres contra os mais ricos: grandes empresas, multinacionais e até o Estado. Por isso, desempenham um papel relevantíssimo no que tange ao acesso à justiça.

O processo coletivo no Brasil é disciplinado pela engrenagem formada por duas leis: a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Existe uma discussão terminológica sobre se haveria ou não identidade entre as expressões

---

8. L'AVVOCATURA e la Costituzione. Roma: Consiglio Nazionale Forense, [2018]. p. 8. Disponível: [<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione>]. Acesso em: 17.04.2024.

*ações coletivas e ações civis públicas*. No nosso entender, *ações civis públicas* são *ações coletivas*, cujo autor é o *Ministério Público ou a Defensoria Pública*. Portanto, as *ações coletivas* são gênero, de que a *ação civil pública* é espécie.

Pode-se dizer que a legislação no Brasil atingiu um bom nível de desenvolvimento.

É claro que o desenvolvimento das *ações coletivas* no Brasil não aconteceu sem resistência.<sup>9</sup> São consideradas uma ameaça para grandes empresas, multinacionais e até mesmo para o Estado.<sup>10</sup>

Para a concepção desses instrumentos, foi necessária uma mudança considerável em relação aos conceitos clássicos. Esses conceitos tiveram que ser redesenhados.

As *ações coletivas* implicam, necessariamente, uma abordagem diferente da *legitimidade*.<sup>11</sup>

O conceito de *legitimidade* teve de ser profundamente alterado: no contexto das *ações coletivas*, temos apenas *um* autor e todo um grupo de pessoas que são apontadas como tendo sido afetadas por um comportamento ilegal. Esse autor pode ser uma autoridade oficial (por exemplo, o Ministério Público) ou uma autoridade semi-oficial (por exemplo, um sindicato) que represente as pessoas que sofreram o prejuízo ou associações privadas, sob certas condições.<sup>12</sup>

Em qualquer caso – e este é outro importante conceito clássico que teve de ser remodelado para se adequar aos litígios coletivos –, a *coisa julgada* afeta um grupo de pessoas ou mesmo toda uma comunidade.<sup>13</sup>

---

9. “Collective litigation is a subject bound to generate controversies. Undeniably, it has vices and virtues. Sometimes controversies persist even in jurisdictions where class actions were adopted a long time ago”. Tradução livre: “A litigância coletiva é um tema que gera controvérsias. É inegável que tem vícios e virtudes. Por vezes, as controvérsias persistem mesmo em jurisdições onde as *ações coletivas* foram adotadas há muito tempo”. (HENSLER, Deborah R. The global landscape of collective litigation. In: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika (coords.). *Class Actions in Context*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016).

10. B. Dellavedova afirma que as *ações coletivas* são capazes de moldar normas de conduta que promovem a responsabilização, especialmente as relacionadas com litígios ambientais, que têm viés político. (DELLAVEDOVA, Brooke. The role and impact of environmental class actions in Australia. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, v. 24, n. 1, 2021. p. 7).

11. E isto é reconhecido em todo o mundo. PLASKET, Clive. Representative standing in South African law. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 62, 2009. p. 256-298.

12. Art. 82, CDC.

13. Art. 103, CDC.

No Brasil, a doutrina concebeu uma classificação para esses direitos, que atingem grupos de pessoas, que são, por vezes, determinadas; em outras ocasiões determináveis; e em outras, ainda, absolutamente indetermináveis. Sem a pretensão nem a intenção de descer a minúcias neste tema, já que isto seria inoportuno no contexto deste estudo, basta que tenhamos em mente o seguinte: (i) direitos de clientes de um banco – grupo determinado de pessoas – são os individuais homogêneos; (ii) membros de uma mesma profissão – grupo de pessoas determináveis – são os direitos coletivos, no sentido estrito; e (iii) pessoas atingidas por um acidente ambiental – grupo indeterminável – são os direitos difusos.

A legitimidade, como se disse, nas ações coletivas, não é aferida em função da titularidade do direito sobre o qual se discute.

A regra geral no processo individual é a de que aquele que tem a *legitimatio ad causam* tenha, exatamente por isso, a *legitimatio ad processum*.

Nas ações coletivas, esta relação de simetria não existe. No Brasil, é a lei que estabelece, expressamente, quem são os legitimados extraordinários aptos a defender os direitos de terceiros, em nome próprio, sendo, nesse contexto, esse modo de se outorgar a legitimidade é a regra e não a exceção.<sup>14</sup>

A legitimação extraordinária, como regra, nas ações coletivas, visa facilitar a defesa dos direitos de um grupo – determinado ou não – que, muito frequentemente, em tese, é menos favorecido em relação à parte contrária.

A lei prevê o sistema de *opt out* para o particular que não tiver interesse em ser atingido pelo resultado da ação coletiva. A forma pela qual se dá ao particular a opção de não ser atingido pela sentença da ação coletiva é ajuizar sua própria *ação individual*, como estabelece o art. 81 c/c art. 104, do Código de Defesa do Consumidor.

---

14. Por esse motivo, afirma Cappelletti que, no tocante à legitimidade para a defesa dos interesses coletivos, “é preciso superar a visão da doutrina tradicional, que identifica no titular (ou suposto titular) do direito material a pessoa legitimada (a justa parte), para aceitar a legitimidade da parte ideológica (ou *ideological plaintiff*, usando a terminologia de Louis Jaffe), ou seja, de um autor que se faz portador não tanto do seu próprio interesse jurídico individual, mas de um interesse coletivo ou comunitário, de grupo, de classe, mas que precisa, entretanto, ser qualificado para evitar abusos (autores pouco informados, pouco perseverantes ou sérios ou prontos a colusões ou corrupções)”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del Convegno di Studio, Pavia, 11-12 giugno 1974). Padova: Cedam, 1976, p. 200-201. *Apud* PIZZOL, Patricia Miranda. *Tutela Coletiva. Processo Coletivo e Técnicas de Padronização das Decisões*. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 224).

A presença do Ministério Público é imprescindível: quando não é autor, deve intervir como fiscal da lei.

A questão da legitimidade, antes tratada, relaciona-se intimamente à *abrangência subjetiva da coisa julgada*.

Nas *ações coletivas*, assim como a legitimidade, a *coisa julgada* tem *tratamento diferenciado*.

Nas ações coletivas, é um *terceiro* – o *ente coletivo*, quem estará em juízo buscando a proteção de um grupo de pessoas.

Por isso, no processo coletivo, também no que se refere à coisa julgada, devem existir garantias legalmente previstas, de forma a que direitos fundamentais dos titulares da relação jurídica levada a juízo não sejam violados.

Nas ações *genuinamente coletivas*, nas quais, em virtude da *legitimidade ex lege* conferida aos entes coletivos, a coisa julgada poderá atingir quem não participou, fisicamente, do processo, ou seja, aqueles a quem cabe a titularidade do objeto discutido em juízo.

A coisa julgada necessariamente abrange, como se disse, um grupo de indivíduos que, frequentemente, não está no processo, embora em algumas circunstâncias excepcionais possa passar a participar do feito, mas não na posição de autores. *Os autores são só aqueles, e exclusivamente aqueles, apontados pelo legislador, e é esta a condição que lhes dá legitimidade*.

No direito brasileiro, a coisa julgada pode produzir-se no processo coletivo *segundo o evento da prova* (*secundum eventum probationis*), isto é, *não ocorre*, para ninguém (nem para o ente coletivo) se a improcedência é decorrente da *insuficiência* de provas.

Outra característica da coisa julgada coletiva é que ela pode ocorrer *segundo o evento da lide* (*secundum eventum litis*) ou apenas *na medida em que for útil* (*in utilibus*) para o grupo atingido: isso significa que, em determinadas circunstâncias, a coisa julgada não ocorre quando o pedido é julgado *improcedente*.<sup>15</sup>

- 
15. Criticando a coisa julgada *secundum eventum litis* no processo coletivo, sustenta José Rogério Cruz e Tucci: “É preciso ter presente que, também nas controvérsias respeitantes aos direitos coletivos e difusos, há sempre duas partes contrapostas. Se os efeitos favoráveis se estendem a terceiros e os desfavoráveis não, conclui-se que em relação à outra parte a solução *secundum eventum litis* opera somente em sentido negativo. Aflora, a toda evidência, que a produção industrial se consubstancia num bem social, uma vantagem coletiva, que não pode subordinar-se a um estado de insegurança jurídica, decorrente de injustificadas investidas judiciais. É bem de ver que, como sempre, também no caso da tutela dos

A coisa julgada só é “absoluta” para a parte coletiva e para aqueles indivíduos que pediram para participar do processo.

Por fim, as ações coletivas podem ser declaratórias, constitutivas, condenatórias e mandamentais (*injunctive*).

#### 4. A DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL

Atualmente, existe a carreira da Advocacia Pública, bem organizada pela Constituição de 1988, que abrange o *Ministério Público*, a *Defensoria Pública* e a *Advocacia do Estado*. Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia do Estado são advogados públicos que exercem atividades diversas. O acesso a esses cargos se dá por concurso público.

Pode-se dizer que ao *Ministério Público* cabe, fundamentalmente, a defesa dos direitos da sociedade, o que faz rotineiramente pelo ajuizamento de ações coletivas.

A *Defensoria Pública* se ocupa de defender os direitos dos hipossuficientes, podendo fazê-lo, inclusive, por meio de ações individuais.

Pode-se dizer, genericamente, que a *Advocacia do Estado* abrange advogados que representam pessoas políticas em juízo ou fora dele.

---

interesses coletivos e difusos existem valores contrapostos, cada um deles, nos seus justos limites, dignos de respeito e proteção. Considerar somente a posição privilegiada de uma das partes – no caso, o consumidor –, e com isso colocar em risco a paridade de armas no processo, enseja uma forma ulterior de violação do devido processo legal e, ao mesmo tempo, uma simplificação de realidade extremamente complexa”. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 143, jan. 2007. p. 47).

Rebatendo as críticas, veja-se o que afirma Ada Pellegrini Grinover: “Conhecem-se as críticas da doutrina processual tradicional à coisa julgada *secundum eventum litis*, e estamos cientes de que a solução supra-apontada privilegia os membros do grupo que, depois de perderem uma ação coletiva, ainda têm a seu favor a possibilidade de ajuizar ações individuais (enquanto o demandado, que ganhou a ação coletiva, pode ser novamente acionado a título individual). Mas trata-se de uma escolha consciente: entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica do *opt in*, a grande maioria dos países ibero-americanos preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real (e não apenas formal), que exige que se tratem diversamente os desiguais. E certamente os membros de uma classe, desrespeitada em seus valores fundamentais, merece o tratamento diferenciado próprio das pessoas organizacionalmente mais vulneráveis”. (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, Processo coletivo – arts. 81 a 104 e 109 a 119).

A função da *Defensoria Pública* é oferecer aos indivíduos vulneráveis *orientação jurídica*, promoção de *direitos humanos*, a defesa de seus direitos *em juízo* em todas as instâncias, *atuação extrajudicial preventiva* e de *composição*, além da propositura de *ações coletivas*.

A Defensoria Pública no Brasil exerce todas as atividades que o advogado pode exercer e mais algumas. Todas, evidentemente, para proporcionar a realização de direitos de pessoas desfavorecidas do ponto de vista econômico. As atividades da Defensoria Pública sempre têm em vista favorecer a cidadania, concretizando direitos subjetivos de indivíduos, grupos de pessoas, comunidades e até de toda a sociedade. Em seguida, trataremos de três importantes e interessantes exemplos que demonstram a utilidade social da atuação da Defensoria Pública no Brasil.

#### 4.1. Caso “Casamento coletivo indígena”

Um bom exemplo da amplitude da atuação da Defensoria Pública no Brasil ocorreu no estado do Amazonas em 2019. O exemplo é oportuno e interessante porque o Amazonas é um estado que fica em uma região pobre do Brasil e é o estado da região Norte com o maior número de indígenas, que representam 55% do total da população.

A população indígena enfrenta a ausência de políticas públicas que proporcionem a possibilidade do exercício de direitos, respeitando as peculiaridades culturais desse povo. Sabe-se que nem todos os direitos civis são exercidos gratuitamente. O casamento civil, por exemplo, custa, em média 400 BRL. Os indígenas representam 5% da população mundial e estão entre as pessoas com menor poder econômico do mundo. Em sua grande maioria, são considerados hipossuficientes. Portanto, correspondem tipicamente aos indivíduos e aos grupos humanos que podem obter melhorias significativas como resultado da atividade da Defensoria Pública.

Exatamente nessa linha, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas promoveu o “casamento coletivo indígena”, procurando responder à demanda apresentada por casais indígenas que desejavam casar-se no civil, mas não o faziam por falta de condições financeiras.

A Funai (Fundação Nacional do Índio) procurou a Defensoria Pública e comunicou aos defensores a vontade de se casar no civil de muitos indivíduos pertencentes a algumas comunidades indígenas do município de Benjamin Constant. Eram diversas as razões que levavam essas pessoas a quererem se casar no civil.

Com o objetivo de entender exatamente o que se passava, a Defensora Pública Juliana Lopes realizou visitas ao município de Benjamin Constant e esteve em sete comunidades, onde conversou com caciques e pajés. Os índios a informaram ter



orgulho de viver na sua cultura, mas gostariam de exercer alguns dos direitos civis, dentre os quais estava justamente o casamento.

A Defensoria Pública procurou o cartório para encontrar uma forma de realizar os casamentos sem custo, mas como a situação não foi resolvida amigavelmente, o Defensor Público Rafael Barbosa, que, na época, era Defensor Público Geral, levou o caso ao Tribunal de Justiça do Estado, e conseguiu, por força de ordem judicial, autorização para realizar os casamentos de forma gratuita.

Os indígenas que queriam casar-se foram devidamente informados sobre impedimentos, regime de bens etc.

Outro problema que foi resolvido por ocasião desse casamento foi o da falta de documentos oficiais de identificação, como o registro civil.

Por amor à brevidade, e porque não teria grande interesse aqui descer a detalhes para descrever os procedimentos que antecederam à realização desse casamento, vamos nos limitar a dizer que uma série de órgãos cooperou para possibilitar a realização da cerimônia.

Os casais eram todos originários do município de Benjamin Constant e, na sua maioria, eram membros das etnias Tikuna e Kokama. A autoridade celebrante foi o Corregedor Geral de Justiça, Desembargador Lafayette Júnior.

Os indígenas têm, como é evidente, o direito de se casar no civil, até para que tenham como garantir seus direitos assistenciais e previdenciários.

Esse é certamente um bom exemplo de que é possível levar cidadania e justiça, de forma gratuita, para quem pretende exercer seus direitos civis, apesar de não ter meios econômicos para isso, sendo perfeitamente superáveis os desafios, como a distância e a dificuldade de acesso: há lugares no Amazonas em que o acesso é exclusivamente fluvial. A realização desse casamento gerou uma despesa de aproximadamente 72.000 BRL, referentes a diárias e à compra de passagens aéreas para transportar a equipe que participou da ação.

#### 4.2. Caso "Os Flutuantes"

Em 2007, a Lei 11.448, incluiu a Defensoria Pública entre as instituições que têm *legitimidade* para propor *ações coletivas*, na Lei Federal 7.347/85. Também a *ação coletiva* manejada por Defensoria Pública vem sendo chamada pelo legislador e pela jurisprudência de *ação civil pública*.

Vê-se, por tudo o que se disse, que é inevitável certa dose de *sobreposição* entre a atividade do *Ministério Público* e a atividade da *Defensoria Pública*, sendo ambos advogados públicos legitimados para manejar ações coletivas e defender os hipossuficientes.

Essa inexorável sobreposição mencionada anteriormente pode gerar situações interessantes e complexas. Exemplo expressivo é o do caso que ficou conhecido como caso dos “Flutuantes”.

O Ministério Público, em 2001, moveu ação (ACP 0056323-55.2010.8.04.0012 – Estado do Amazonas) com o objetivo de *preservar a salubridade do ambiente*, pedindo remoção de 45 famílias que moravam (em casas “flutuantes”) às margens dos Rios Negro e Tarumã-Açu e ali exerciam suas atividades profissionais. A ação tramitou por um tempo considerável e, quando chegou o momento de executar a decisão de procedência, a quantidade de famílias que lá estavam instaladas havia aumentado significativamente.

A ação coletiva foi movida pelo Ministério Público em 2001 e a sentença começou a ser executada em 2019, 18 anos depois! O fundamento desta ação foi a degradação ambiental atribuída à proliferação de “flutuantes” no local.

Eram 74 réus, originariamente. Somente 52 foram citados. Apenas o Município de Manaus e dois proprietários de “flutuantes” apresentaram defesa.

Afinal, determinou-se a remoção dos “flutuantes” não licenciados, que, evidentemente, já não eram mais os 74 mencionados na inicial da ação coletiva, mas 900.

A Defensoria Pública do Estado do Amazonas entendeu que a execução impactaria (atingiria) muitas pessoas que não haviam tido a oportunidade de se defender, não havendo, portanto, no processo cuja decisão estava sendo executada, respeito ao devido processo legal. Essas pessoas poderiam ter seus direitos à subsistência e à moradia comprometidos, tendo sua dignidade desrespeitada. Não havia mais prazo para a ação rescisória (2 anos).

Por isso, a Defensoria Pública manejou uma *querela nullitatis*, pedindo providência de urgência para *suspender* a ordem de desocupação, por haver *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Os fundamentos da *querela nullitatis* giraram em torno da ausência de contraditório, de ampla defesa, na ação movida pelo Ministério Público, em uma palavra: do devido processo legal.

Na petição inicial desta *querela*, diz-se que os “flutuantes” desempenham um papel crucial no que tange ao aspecto turístico e cultural da região. Significam, a um só tempo, moradia e trabalho para famílias locais: moradores vendem artesanato, peixe, frutas para turistas e visitantes. Essas populações fazem parte do “ecossistema” local; é na natureza que constroem seu modo de vida, transmitindo sua sabedoria e conhecimento empírico de geração para geração. Estas estruturas são símbolos da identidade ribeirinha do Amazonas. Trata-se de um estilo de vida único, ligado às águas dos rios.

A proteção do meio ambiente deve ser compatibilizada com os demais valores e direitos previstos na Constituição Federal.

A Defensoria Pública obteve medida de urgência, e o processo encontra-se nesse estado (1º de abril de 2024).

#### 4.3. Caso “Viver Melhor I e II”

A Defensoria Pública do Estado do Amazonas moveu contra o Estado do Amazonas, a Superintendência de Habitação do Estado do Amazonas, a União Federal e a Caixa Econômica Federal ação objetivando o pagamento de cerca de 133 milhões de reais, em decorrência de *danos morais sociais*, por terem sido vulnerados *direitos fundamentais* dos moradores dos condomínios *Viver Melhor I e II*. Essa indenização deveria ser revertida ao *Fundo Estadual de Direito do Consumidor*.

Fez-se outro pedido também, de cumprimento de *obrigação de fazer*, consistente na implantação de serviços públicos capazes de atender à quantidade de moradores. Esses serviços públicos eram: a reforma de todo o sistema de abastecimento de água e de esgoto; a regularização de transporte público; a construção de escolas e postos de saúde; a criação de condições mínimas de segurança pública; e a licitação de todos os espaços comerciais existentes no projeto original. Houve pedido, também, no sentido de se repararem as moradias que apresentavam defeitos, bem como de serem estas adequadas a pessoas portadoras de necessidades especiais. Foram feitos outros pedidos, mas os aqui mencionados nos parecem os principais. Foi requerida tutela de urgência, em face da presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A construção desses dois condomínios, Viver Melhor I e II, teve por finalidade atender às necessidades de um contingente significativo de pessoas realmente miseráveis, que viviam na periferia de Manaus, sobrevivendo em péssimas condições de moradia, saúde e segurança, com pouco ou nenhum acesso à educação e ao lazer.<sup>16</sup> Mas essa finalidade não foi alcançada de forma plena.

Os condomínios foram construídos a uma enorme distância de centros urbanos, longe de tudo e de todos, e muitos dos imóveis deixavam a desejar (ou seja, apresentavam má qualidade de construção).

---

16. Muitas providências vêm sendo tomadas no Brasil, nos últimos tempos, no plano legislativo, para resolver ou minorar problemas que afligem a população de baixa renda e que significam a impossibilidade de exercício de direitos fundamentais. Um exemplo disso é a Lei 11.977/2009, que instituiu o programa “Minha Casa, Minha Vida”. Este programa objetivava, a partir da atuação integrada dos entes da Federação – Municípios, Estados e União – tanto a construção de moradias populares quanto a regularização fundiária de ocupações irregulares.

A Defensoria Pública argumentou na petição inicial desta ação que, quando se pensa em construção de moradias como política de Estado, deve-se ter em vista criar uma situação que favoreça a concretização de todos os direitos fundamentais relativos à saúde, ao saneamento básico, à segurança, bem como ao acesso à educação. Não estará concretizado o direito à moradia, se o Estado oferecer um “caixote” para as pessoas morarem e, ainda por cima, muito longe de hospitais, escolas etc. A política habitacional direcionada a pessoas de baixa renda e custeada pelo Estado tem que ser concretizada com planejamento, com integração dos serviços públicos e com objetivo precípuo de *realmente beneficiar* esta população.

No caso desta ação, tudo ficou agravado porque os condomínios se localizam a 20 km do centro de Manaus e não há outra via de acesso senão a AM-10 (rodovia), o que limita o acesso dos 45 mil habitantes aos mais básicos serviços e produtos para sobrevivência diária.

Houve inúmeros processos administrativos, mas infelizmente os problemas não foram sanados, pelo que se revelou imprescindível a propositura da ação.

Ocorreu, no caso deste processo, o que atualmente tem sido chamado de *gentrificação*, que significa alocar pessoas em situação de vulnerabilidade, que se encontram instaladas no centro da cidade, em zonas isoladas, longe de todo o viver urbano, o que representa, evidentemente, uma forma de segregação social e um desrespeito à função social da cidade e a proibição do retrocesso social. O tipo de solução que se deu, no caso concreto, estimula as desigualdades sociais e não proporciona real melhoria de condição de vida para essa população. Esta ação terminou em acordo.

## 5. ADVOCACIA PARA PESSOAS CARENTES – ITÁLIA

Sobre a advocacia pública, mais especificamente, advogados pagos pelo Estado para atender pessoas de baixa renda, Cappelletti<sup>17</sup> dizia que uma das pragas da legislação italiana (que, na época em que escreveu esse artigo, estava em vigor) era o Decreto 3.282, de 30 de dezembro de 1923. Foi promulgado, depois de abandonadas anteriores tentativas, consideradas caras para o Estado, relativas à representação e à defesa em juízo dos pobres, por advogados pagos pelo Estado.

Tal Decreto começava com uma retórica sedutora, afirmando que advogar gratuitamente para aqueles que necessitam é uma *função honrosa e obrigatória* da classe

---

17. CAPPELLETTI, Mauro. La giustizia dei poveri. *Il Foro Italiano*, v. 91, n. 10, out. 1968. p. 113-119.

dos advogados e dos procuradores.<sup>18</sup> Nesse dispositivo, o ônus social da defesa em juízo das pessoas que não podiam pagar era transferido do seu natural destinatário, o Estado, ao profissional liberal, que só em caso de vitória do próprio cliente poderia ter qualquer perspectiva de compensação. Observava o autor que um Estado que renuncia a essa função não se enquadra nem no espírito nem na literalidade da Constituição Republicana.

Hoje, felizmente, a situação mudou. Quem não tem condições de arcar com despesas para pagar advogado, pode pleitear a nomeação de um advogado e o seu pagamento ser feito pelo Estado, contanto que sua pretensão não seja manifestamente infundada. Essa possibilidade existe para todos os graus de jurisdição, e sua disciplina se aplica ao contencioso civil, aos procedimentos de jurisdição voluntária, aos processos administrativos, contábeis e tributários.

O interessado indica um advogado, escolhendo-o de uma lista de advogados habilitados a defender pessoas que não tenham boas condições econômicas, que se encontra nos Conselhos das Ordens de Advogados da competente Corte de Apelação (D. P. R. 30 de maio de 2002, n. 115, arts. 74 a 141).

É surpreendente, portanto, que, se para os italianos a presença do advogado é considerada tão imprescindível quanto no Brasil, para garantir a efetividade do contraditório e da ampla defesa, não tenha sido ainda criado, naquele país, um órgão como a Defensoria Pública no Brasil.<sup>19</sup>

## 6. ADVOCACIA PRIVADA

### 6.1. Itália – situação atual

Em um artigo do ano de 1997, “Troppi avvocati?”, Franco Cipriani<sup>20</sup> diz que, em 70 anos, o número de advogados que existia na Itália passou de 25 a 50 mil. Mas, para passar de 50 a 200 mil, bastaram 10 anos! Naquele momento, a Itália tinha chegado a ter um advogado para cada 570 habitantes. Diz o autor que a constatação é

18. Esta diferença não existe mais. A Lei 134, de 29 de março de 2001, confirmada pelo Decreto Presidencial 115 de 30 de maio de 2002, revogou o Decreto Real 3.282 de 30 de dezembro de 1923, a partir de 1º de julho de 2002. Disponível em: [https://www.gazzettaufficiale.it/home]. Acesso em: 15.05.2024.

19. Vale a pena referir-se à *Convenção EDU* e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que fazem referência ao direito à tutela jurisdicional penal, abrangendo o de ter um advogado de sua escolha e, no caso de se tratar de quem não tem meios econômicos para pagar, que lhes seja assegurado gratuitamente um advogado nomeado pelo juiz.

20. CIPRIANI, Franco. Troppi avvocati? *Il Foro Italiano*, v. 120, n. 7/8, jul.-ago. 1997. p. 241-245.

surpreendente e preocupante e quase faz concluir que os italianos se tornaram um povo de advogados.

Uma parte considerável dos advogados italianos é formada de jovens, o que consiste numa clara consequência da democratização do ensino, que os italianos chamam de “escolarização de massa”. Naturalmente, neste quadro surge a dificuldade de se encontrar trabalho, principalmente no sul da Itália. Naquele ano, de 1997, a Universidade de Bari formava dois mil jovens, enquanto que, em 1920, eram dois mil jovens que se formavam em toda a Itália.

Nesse mesmo artigo, o próprio autor põe em dúvida a opinião segundo a qual haveria, realmente, na Itália, advogados demais. A população aumentou; dos jovens que fizeram o exame para serem advogados, apenas uma pequena parcela poderá inserir-se no mundo da advocacia, mas, à luz do volume de processos italianos, não parece que sejam demais 60 mil advogados militantes. O número não é escandalosamente alto.

Observa o autor que, normalmente, aqueles que dizem que há advogados demais são os próprios advogados, pois, é claro, o sonho deles é que o número de advogados fosse menor.

## 6.2. Brasil – situação atual

O Brasil é um país de dimensões continentais, o que, por si só, faz com que nossos “números” sejam sempre elevados. Não é diferente no caso dos advogados. Hoje, o Brasil conta com 1.896 faculdades de Direito, que formam, por ano, uma média de 100 mil bacharéis. A inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não é automática, devendo os bacharéis submeter-se a um exame para que se transformem em advogados e possam ser inscritos nesse órgão. A porcentagem de bacharéis que conseguem superar a barreira do exame da Ordem dos Advogados do Brasil é de aproximadamente 11%.

O que se produz, como resultado do quadro anteriormente pintado, é uma dramática situação de desemprego ou de advogados exercendo profissões completamente diferentes e desligadas do curso que fizeram, já que precisam de uma fonte de renda para se sustentar. Outra das consequências desses números, marcadamente elevados, é a inevitável queda de qualidade: as faculdades de direito já não têm o mesmo nível que tinham décadas atrás, o mesmo se podendo dizer dos bacharéis e dos advogados. Apesar de se terem submetido ainda a outra seleção, além do exame da Ordem dos Advogados do Brasil, quando necessário, também se nota uma perda de qualidade do trabalho de juízes, promotores, defensores públicos etc.

A democratização do ensino, que, no Brasil, abrangeu principalmente e de modo bem visível o ensino universitário, gerou alguns efeitos positivos, mas também negativos, de proporções indesejáveis.

Um deles é o de que se tratará no item seguinte.

### 6.2.1. Litigância Predatória

O tema *advogado*, tanto o privado quanto, principalmente, o público, está indissociavelmente ligado ao acesso à justiça.

O mesmo se pode dizer quanto às ações coletivas que, como se sabe, foram criadas para tutelar direitos cujo desrespeito afligia uma parcela mais vulnerável da população ou direitos que, individualmente, não seriam tuteláveis, principalmente porque não valeria a pena, em termos de tempo e investimento econômico, movimentar a máquina judiciária para resolver o problema de um saco de biscoitos que tivesse biscoitos a menos, do que se anunciava do lado de fora da embalagem.

O hiper-dimensionamento da garantia fundamental do acesso à justiça, em parte cristalizado nas ações coletivas, acabou gerando *abuso*. Entretanto, é importante destacar que também há abuso nas ações individuais. O resultado é um Poder Judiciário extremamente sobrecarregado.

Trata-se de um comportamento contrário à boa-fé objetiva. O art. 5º do CPC é dispositivo de natureza principiológica, que determina que aquele que, de qualquer forma, participa do processo, *deve comportar-se de acordo com a boa-fé*. Uma das espécies de abuso certamente é o que hoje se denomina *litigância predatória*. A litigância predatória nada é mais do que o abuso do exercício do direito de ação.<sup>21</sup>

A verificação da existência de conduta que pode ser qualificada como litigância predatória depende da ponderação entre valores ligados à *boa-fé processual* e ao *acesso à justiça*. Embora a expressão litigância predatória não apareça expressamente em nenhuma norma escrita, evidentemente, é possível associá-la a diversas condutas previstas na lei, como o art. 77, I, II e III, do CPC.

O contexto em que a litigância predatória tende a aparecer é aquele em que há a democratização de bens e serviços essenciais, realidade que vem acontecendo de forma evidente nos séculos XX e XXI.

---

21. Para maior aprofundamento do tema, consulte: SOUZA, Gabrielly de. Litigância predatória, tutela coletiva e o porvir do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 49, n. 353, jul. 2024. p. 217-237.



Tanto a democratização do acesso ao crédito, quanto programas de incentivo do Estado que concretizam o direito fundamental à habitação, como o Projeto Minha Casa, Minha Vida, consistem em exemplos deste fenômeno.

É interessante salientar, aqui, que justamente em função destes exemplos anteriormente referidos, são justamente o Estado e instituições financeiras réus habituais e também vítimas de litigância predatória.

Ações coletivas e outros instrumentos de *aggregate litigation* podem desempenhar o papel de *instrumentos de cidadania*. É lamentável que se faça mau uso deles, transformando-os em instrumentos por meio dos quais se praticam *fraudes*, e é ainda mais triste se constatar que os *verdadeiros autores das fraudes são, realmente, os advogados*. Muitos deles acreditam que grandes empresas, instituições financeiras e o próprio Estado seriam as suas “galinhas dos ovos de ouro”, contra quem podem ser ajuizadas milhares de ações consumeristas, sob a falsa imagem de que esses advogados estariam servindo à sua função constitucional.<sup>22</sup>

O art. 2º da Recomendação 127/2022 do CNJ, define a litigância predatória como sendo: “[...] ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão[...]”.

Esse conceito não é exauriente, pois a litigância predatória pode ter outras finalidades, como a de prejudicar um negócio concorrente, a de conseguir duas vezes a mesma indenização etc.

Em qualquer situação, há evidente violação de princípios éticos.

As medidas que o juiz pode tomar quando detecta a probabilidade de estar diante de um caso de litigância predatória são tema sobre o qual nosso Superior Tribunal de Justiça deve logo decidir, tema: 1198.

Discute-se a possibilidade de o juiz determinar, quando constata a prática de litigância predatória, a emenda à petição inicial, com apresentação de documentos aptos a embasar as pretensões deduzidas em juízo, como a procuração atualizada, declaração de pobreza, cópias do contrato e dos extratos bancários etc.

Trata-se de um recurso especial, julgado no regime dos repetitivos, em que se verificou a existência de 78.610 processos movidos contra bancos por apenas 3 advogados da cidade de Iguatemi, no Estado de Mato Grosso.<sup>23</sup>

---

22. ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; UZEDA, Carolina. Litigância predatória: um sério prejuízo à advocacia e ao acesso à justiça. *Migalhas*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/396509/litigancia-predatoria-serio-prejuizo-a-advocacia-e-acesso-a-justica]. Acesso em: 13.03.2024.

23. Disponível em: [www.vozmt.com.br/policial/advogados-sao-alvo-do-gaeco-por-faturar-com-advocacia-predatoria/]. Acesso em: 23.05.2024.

No Brasil existem também tristes exemplos em que associações, que são legitimadas pela lei brasileira a mover ações coletivas, praticam fraudes por meio dessas ações. Dados oficiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco revelam que, nas comarcadas de Araripina e Ipubi, 30% a 50% dos processos têm o perfil de litigância predatória.<sup>24</sup>

É importante observar que o caráter predatório da litigância não é evidente, nem explícito. Normalmente, ele aparece “disfarçado” de ato lícito, como acontece no exemplo já dado, em que um mesmo advogado entra com 6 ações, cada uma a respeito de um contrato diferente, celebrado pelo mesmo cliente com uma certa instituição bancária.

É relevante que se perceba que, muito frequentemente, como se vê no exemplo anteriormente mencionado, a litigância predatória é detectada a partir de uma análise que não envolve exclusivamente o processo em que ela ocorre. O observador deve distanciar mais a câmera do objeto focado, para ver o que está ao redor. No caso concreto do exemplo dado, é necessário que o juiz perceba que existem 6 processos, quando, na verdade, poderia haver apenas um. Normalmente, a vantagem que se procura obter com isso, como já se disse, é o dano moral diferente para o prejuízo ocorrido em função de cada um dos contratos.<sup>25</sup>

No Brasil, há litigância de risco zero: há casos em que não há custas judiciais, não se paga advogado e, portanto, não há honorários.

A litigância predatória causa prejuízos para a própria administração da justiça, pois são práticas que aumentam o custo da atividade judicante, tornando os processos mais morosos. Aumentam-se também os gastos com a gestão administrativa do acervo pelos tribunais. Há documentos oficiais em que se constata que a litigância predatória representa cerca de 30% dos processos em trâmite e um custo de mais de 10 bilhões de reais ao Judiciário, pois uma grande parte dessas ações tramita com gratuidade de justiça.<sup>26</sup>

---

24. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Disponível em: [[https://portal.tjpe.jus.br/comunicacao/noticias/-/asset\\_publisher/ubhL04hQXv5n/content/para-coibir-a-advocacia-predatoria-juiz-extingue-3-488-processos-nas-comarcas-de-araripina-e-ipubi?](https://portal.tjpe.jus.br/comunicacao/noticias/-/asset_publisher/ubhL04hQXv5n/content/para-coibir-a-advocacia-predatoria-juiz-extingue-3-488-processos-nas-comarcas-de-araripina-e-ipubi?)]. Acesso em: 13.03.2024.

25. SOUSA, Alexandre Rodrigues de; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de; SOARES, Carlos Henriques. Notas sobre a chamada litigância predatória: investigação de um conceito e métodos de mitigação. *Revista de Processo*, São Paulo, no prelo.

26. Ver Nota Técnica 01/2022 CIJMG, citada por: SOUSA, Alexandre Rodrigues de; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de; SOARES, Carlos Henriques. Notas sobre a chamada litigância predatória: investigação de um conceito e métodos de mitigação. *Revista de Processo*, São Paulo, no prelo.

Outro caso de litigância predatória, digno de ser mencionado, é o que envolveu o surpreendente crescimento das demandas envolvendo o setor de serviços em São Paulo. Em um ano, de 2021 para 2022, as ações que tratam de direito de consumo no Judiciário Paulista cresceram 42%, passando de 495 mil para 704 mil. No fim do ano passado, 2023, o número de novos casos de direito do consumidor já passava de 1 milhão.

Muitos advogados e juízes foram entrevistados para que se pudesse entender quais as causas de um aumento tão rápido. Das respostas dadas por esses profissionais, percebe-se que, além das causas conjunturais, como a pandemia da Covid-19, tem havido também um uso escancaradamente abusivo da justiça gratuita neste setor, caso típico de litigância predatória.<sup>27</sup>

Quando se está diante de ações integralmente infundadas, a sensação que têm os magistrados de 1º e de 2º grau é que os advogados estão sendo *desleais*.

Há escritórios, por exemplo, “especializados” em mover ações em decorrência de atrasos de voos. Encaminha-se para o escritório uma lista de todos os passageiros do voo atrasado. A impressão que se tem é que, em um escritório como esse não é necessário saber direito, mas se precisa saber fazer um bom negócio: pois normalmente os advogados compram o futuro crédito do cliente e movem as ações. Os entrevistados comentaram também que há um abuso do pedido de justiça gratuita. Ações que poderiam ser movidas nos Juizados Especiais, onde não há custas, são movidas na justiça comum, porque nos Juizados Especiais não há honorários sucumbenciais.

Outro exemplo de litigância predatória, a que fizeram alusão os entrevistados, acontece nos casos, já referidos, em que os advogados que têm clientes com problemas em relação a instituições bancárias, em vários contratos, movem *uma* ação para *cada* contrato. E isso se faz porque, assim, se pode pedir dano moral em cada uma delas.

Nessas entrevistas, os desembargadores se revelaram bastante decepcionados com a falta de ética dos advogados que ocupam o tempo dos juízes com pedidos sem embasamento legal, apresentados sem a documentação adequada, que são, em uma palavra, uma aventura judiciária. Normalmente são dezenas, centenas e, às vezes, até milhares deles.

---

27. CREPALDI, Thiago; GANDINI, Arthur; CÓCOLO, Victória; TAJRA, Alex; SANTOS, Rafa; CARVALHO, Júnior. Justiça gratuita e ações predatórias explicam explosão de demandas do Direito do Consumo em São Paulo. *Conjur*. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2024-mar-19/justica-gratuita-e-aco-es-predatorias-explicam-explosao-de-demandas-de-consumo/>]. Acesso em: 02.04.2024.

Ainda nessa série de entrevistas, um ex-secretário de Defesa do Consumidor afirmou que a litigância predatória não é o único problema, isto é, que não é só este o fator que gera a sobrecarga de trabalho nos Tribunais brasileiros. É que no Brasil tudo é judicializado: não é possível alguém que comprou um liquidificador com defeito entrar com uma ação perante o Judiciário para ver o seu direito satisfeito! Para que isso seja evitado, uma série de medidas preventivas pode e deve ser tomada na esfera administrativa, como no âmbito dos Procons.<sup>28</sup> A atuação dessa e de outras plataformas para resolver esse tipo de problema consegue gerar soluções consensuais, evitando que o Judiciário fique soterrado por processos envolvendo questões que podem ser resolvidas sem a necessidade de se chegar lá.

No Amazonas, o juiz Marco Aurélio Plazzi Palis, do 1º Juizado Especial Cível de Manacapuru, extinguiu mais de 600 processos semelhantes, movidos por um só advogado: eram danos morais cobrados de uma empresa de energia elétrica. As partes, moradoras de comunidades rurais à beira de rios, de muito pouca ou nenhuma instrução, nem conheciam o advogado. Provavelmente, havia procurações com assinaturas falsificadas.<sup>29</sup>

Como dissemos no começo desta apresentação, a Constituição Federal brasileira diz que o advogado é *indispensável para a administração da justiça*.

Essa indispensabilidade envolve, evidentemente, a necessidade de uma conduta ética, devendo o advogado agir como um filtro da litigância temerária.<sup>30</sup> O advogado é o guardião do sistema e deve evitar que este seja abusivamente explorado.<sup>31</sup>

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; UZEDA, Carolina. Litigância predatória: um sério prejuízo à advocacia e ao acesso à justiça. *Migalhas*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/396509/litigancia-predatoria-serio-prejuizo-a-advocacia-e-acesso-a-justica]. Acesso em: 13.03.2024.

- 
28. O Procon é um órgão público, que recebe e analisa reclamações dos consumidores, podendo atuar como conciliador na solução dos conflitos de forma extrajudicial. Os Procons podem, inclusive, no âmbito de um processo administrativo, aplicar multas contra aqueles que desrespeitarem a lei do consumidor.
29. DA REDAÇÃO. Juiz extingue processo de advogado com mais de 600 ações semelhantes. *Migalhas*. Disponível em: [www.migalhas.com.br/quentes/404916/juiz-extingue-processo-de-advogado-com-mais-de-600-acoes-semelhantes]. Acesso em: 17.04.2024.
30. OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 342, ago. 2023. p. 55-70.
31. BRASIL. *Código de Ética e Disciplina da OAB*. Art. 2º, VII – O advogado deve aconselhar o cliente a não ingressar numa aventura judicial.

- CAPPELLETTI, Mauro. La giustizia dei poveri. *Il Foro Italiano*, v. 91, n. 10, p. 113-119, out. 1968.
- CIPRIANI, Franco. Troppi avvocati? *Il Foro Italiano*, v. 120, n. 7/8, p. 241-245, jul.-ago. 1997.
- COCUZZA, Claudio. *Il ruolo dell'avvocato: il quadro di riferimento costituzionale italiano ed europeo*. Disponível em: [[www.scuolaforensemilano.it/wp-content/uploads/2018/10/Relazione\\_Avv\\_Cocuzza.pdf](http://www.scuolaforensemilano.it/wp-content/uploads/2018/10/Relazione_Avv_Cocuzza.pdf)]. Acesso em: 27.03.2024.
- COLAVITTI, Giuseppe. La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato. *Rivista di Diritto Civile*, v. 59, n. 2, p. 399, 2013.
- CREPALDI, Thiago; GANDINI, Arthur; CÓCOLO, Victória; TAJRA, Alex; SANTOS, Rafa; CARVALHO, Júnior. Justiça gratuita e ações predatórias explicam explosão de demandas do Direito do Consumo em São Paulo. *Conjur*. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2024-mar-19/justica-gratuita-e-acoes-predatorias-explicam-explosao-de-demandas-de-consumo/>]. Acesso em: 02.04.2024.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 143, p. 47, jan. 2007.
- DA REDAÇÃO. Juiz extingue processo de advogado com mais de 600 ações semelhantes. *Migalhas*. Disponível em: [[www.migalhas.com.br/quentes/404916/juiz-extingue-processo-de-advogado-com-mais-de-600-acoes-semelhantes](http://www.migalhas.com.br/quentes/404916/juiz-extingue-processo-de-advogado-com-mais-de-600-acoes-semelhantes)]. Acesso em: 17.04.2024.
- DELLAVEDOVA Brooke. The role and impact of environmental class actions in Australia. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, v. 24, n. 1, p. 7, 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, Processo coletivo – arts. 81 a 104 e 109 a 119.
- HENSLER, Deborah R. The global landscape of collective litigation. In: HENSLER, Deborah R.; HODGES, Christopher; TZANKOVA, Ianika (coords.). *Class Actions in Context*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2016.
- L'AVVOCATURA e la Costituzione. Roma: Consiglio Nazionale Forense, [2018]. Disponível: [<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione>]. Acesso em: 17.04.2024.
- OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). *Revista de Processo*, São Paulo, n. 342, p. 55-70, ago. 2023.
- PIZZOL, Patricia Miranda. *Tutela Coletiva. Processo Coletivo e Técnicas de Padronização das Decisões*. São Paulo: Ed. RT, 2019.
- PLASKET, Clive. Representative standing in South African law. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 62, p. 256-298, 2009.
- SOUSA, Alexandre Rodrigues de; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de; SOARES, Carlos Henriques. Notas sobre a chamada litigância predatória: investigação de um conceito e métodos de mitigação. *Revista de Processo*, São Paulo, no prelo.

SOUZA, Gabrielly de. Litigância predatória, tutela coletiva e o porvir do acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 49, n. 353, p. 217-237, jul. 2024.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Constitucional; Processual

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Aferição e contornos do processo equitativo: critérios legais da convenção europeia dos direitos humanos para aferição do julgamento justo, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 1066/61-85;
- Defensoria pública e acesso à ordem jurídica justa (K. Watanabe): transversalidade em 6 (seis) ondas renovatórias do acesso à justiça, de Maurilio Casas Maia – *RDC* 134/427-458; e
- O fracionamento da demanda no direito brasileiro: análise comparada com o Direito Italiano, de Humberto Theodoro Júnior, Érico Andrade e Juliana Cordeiro de Faria – *RePro* 344/325-357.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação



Uso exclusivo – proibida a veiculação

# Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – ADR

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# ARBITRAGEM NOTARIAL

## ARBITRATO NOTARILE

GUSTAVO HENRICHS FAVERO

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor convidado na Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina e em cursos de Pós-Graduação em Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil e do Núcleo de Estudos de Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito em São Paulo.  
ghfaver@gmail.com

Recebido em: 01.07.2024  
Aprovado em: 19.08.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Arbitragem

**RESUMO:** O presente ensaio aborda a existência da arbitragem notarial e registral sob o prisma do direito comparado e os fundamentos *de lege lata* e *de lege ferenda* para a existência do instituto perante a dogmática nacional. O objetivo é demonstrar a compatibilidade de referida modalidade de arbitragem perante o arcabouço normativo já existente em solo nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem – Notários – Registradores – Direito Comparado.

**RIASSUNTO:** Il saggio affronta l'esistenza dell'arbitrato notarile e dei registri nella prospettiva del diritto comparato e anche i fondamenti per l'esistenza dell'istituto a fronte della dogmatica nazionale brasiliana. L'obiettivo è dimostrare la compatibilità di questa tipologia di arbitrato con il quadro normativo già esistente.

**PAROLE CHIAVE:** Arbitrato – Notai – Diritto Comparato.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A arbitragem notarial e registral como método heterocompositivo desjudicializado. 3. Os Projetos de Lei 5.243/2009 e 414/2014. 4. O notário-árbitro no direito brasileiro. 5. O notário-árbitro no direito comparado. 5.1. Introdução. 5.2. Espanha. 5.3. Peru. 5.4. Uruguai. 5.5. Argentina. 5.6. Alemanha. 5.7. Portugal. 5.8. Estônia. 6. Conclusões para a dogmática brasileira. 7. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O advento do nominado “Marco Legal das Garantias” (Lei 14.711/2023), em seu art. 12, acrescentando à Lei 8.935/1994 o art. 7º-A, trouxe inovação normativa no

âmbito do direito notarial: autorizou-se expressamente que notários atuem como árbitros. Houve silêncio em relação aos registradores.

A supramencionada possibilidade já era sustentada em nossa tese de doutoramento, defendida meses antes, sob o prisma do direito comparado e dogmático nacional, malgrado com ampliação, igualmente, aos serviços de registro.

Assim, o presente artigo objetiva sistematizar as ideias alhures expostas, apresentando inicialmente os contornos da novel função assumida, notadamente em perspectiva crítica e comparada com a dogmática estrangeira.

Inicialmente, aloca-se a arbitragem nos lindes dos métodos desjudicializados e heterocompositivos de resolução de conflitos. Posteriormente, incursiona-se nos Projetos de Lei 5.243/2009 e 414/2014 para finalmente apresentar a figura do notário-árbitro no direito brasileiro e nos regimes jurídicos da Espanha, Peru, Uruguai, Argentina, Alemanha, Portugal e Estônia.

## 2. A ARBITRAGEM NOTARIAL E REGISTRAL COMO MÉTODO HETEROCOMPOSITIVO DESJUDICIALIZADO

Com efeito, o sistema<sup>1</sup>-método<sup>2</sup>heterocompositivo da arbitragem que, malgrado desjudicializado, não carece de estatura jurisdicional (arts. 18 e 32),<sup>3</sup> com legislação

1. Em interessante perspectiva, construindo a arbitragem em torno de um “sistema próprio e completo”, a abordagem realizada em: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40-59. Em sentido similar, embora dialogando com a teoria geral do processo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 13 e ss. Para um conceito de sistema jurídico, sob o enfoque de uma teoria racional-cartesiana: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 78. Para a devida crítica, ao dizer que um pretense sistema, nos moldes propostos, estaria edificado em “falacioso método lógico-dedutivo”, rejeitando-se elementos históricos e culturais (GARDIES, Jean-Louis. La rationalité du droit chez Leibniz. In: *Archives de philosophie du Droit*, Paris, 1978, p. 128). No direito material e processual civil essa tentativa de sistematização foi empregada, dentre outros, em: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93-109.
2. Construindo todo o cabedal dogmático da arbitragem sob a premissa de ser um método de resolução de conflitos: CLAY, Thomas. *L'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*. Paris: Dalloz, 2011, *passim*.
3. Atualmente, a discussão acerca da natureza jurisdicional ou contratual da arbitragem corresponde a uma questão de somenos importância. Na doutrina italiana, adotando-se a jurisdicionalidade da arbitragem: VERDE, Giovanni. Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 2003, p. 371. No Brasil, destaca-se a posição

de regência própria desde 1996 (Lei 9.307, modificada pela Lei 13.129/2015), embora com previsão nos arts. 245 e 294 do Código Comercial de 1850,<sup>4</sup> além dos arts. 1.037 a 1.048 do CC/1916, arts. 1.072 a 1.102 do CPC/1973 e, contemporaneamente, nos arts. 24 a 26 da Lei 9.099/1995,<sup>5</sup> sofreu a pecha de inconstitucional por parcela da doutrina, mas o Supremo Tribunal Federal – em sucessivos casos de

de Carmona: “O conceito de jurisdição, em crise há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu um colorido excessivamente acadêmico e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nos últimos 5 (cinco) anos – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas duas últimas décadas do século XX. O fato é que ninguém nega que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o robustecimento da arbitragem.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 46). E de Joel Dias Figueira Jr.: “o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional. Está-se, portanto, diante de verdadeira jurisdição de caráter privado. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão.” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 157). Ainda, em igual sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 74; Também Alcalá-Zamora defende a natureza de jurisdição contenciosa na arbitragem (Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria. In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milano:Giuffrè, 1951). Adotando a corrente de natureza híbrida, isto é, na fase de formação, contratual e, na posterior, jurisdicional: MORAIS, José Luis de Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 187. Diversamente, há quem sustente o caráter de equivalente jurisdicional (YARSELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 127). Por fim, não se pode deixar de registrar a atual posição de Cândido Dinamarco, para quem a arbitragem possui natureza parajurisdicional, em decorrência do escopo social do instituto (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39).

4. Disposições revogadas pela Lei 1.350/1866 e pelo Decreto 3.900/1867, respectivamente.
5. CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 24, p. 429-434, 2ª quinzena, dez. 1996.

homologação de sentenças estrangeiras<sup>6</sup> – chancelou sua constitucionalidade.<sup>7</sup> Os árbitros, embora destituídos dos caracteres da *coertio* ou *imperium*,<sup>8</sup> possuem *cognitio e iurisdictio*.<sup>9</sup>

Nesse diapasão, a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), em silêncio eloquente – ao contrário da vedação expressa que existia no art. 12.2, da antiga *Ley de Arbitraje* espanhola (Lei 36 de 05.12.1988)<sup>10</sup> –, não obstou o exercício da atividade aos titulares das delegações.

6. SEC 5.847/Reino Unido (Informativo 173); SEC 5.206/Espanha (Informativo 211); e SEC 5.828/Noruega (Informativo 221).
7. Para aprofundamento dos argumentos em prol da constitucionalidade, consultar: ALVIM, Arruda. Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 192-223, jan.-mar. 2001; TIBURCIO, Carmem. A Lei de Arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu artigo 7º. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: São Paulo, n. 218, p. 175-196, out.-dez. 1999; WAD, Arnaldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 323-334, jan.-mar. 2000; RICCI, Edoardo F. Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 88-105, out.-dez. 2000. Sintetizando todos os argumentos, constata-se que “é indubitável a constitucionalidade da Lei 9.307/1996, o que se justifica pelas razões sucintamente lançadas: a) desmitificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende ao(s) árbitro(s); b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar à jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; d) a própria lei da arbitragem admite em seu bojo mecanismos de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g., nulidades, execução forçada, direitos indisponíveis, efetivação das tutelas de urgência (arts. 22, §§ 2º e 4º, 32, 33 e parágrafos, todos da Lei 9.307/1996; e) em casos de recalcitrância por parte daquele que contratou a cláusula compromissória, o compromisso de arbitragem deve ser realizado judicialmente (art. 7º)” (COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 52).
8. COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 74-76.
9. Nesse sentido, por todos: MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 361-362.
10. Art. 12 – 1. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a Derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio. 3. No podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un juez, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17.2. 4. Tampoco podrán actuar como árbitros los jueces, magistrados y fiscales en activo, ni quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel.

Ao contrário, aproximando os regimes, possibilita-se hodiernamente a lavratura de compromisso arbitral extrajudicial via instrumento público (art. 9º, § 2º, da Lei 9.307/1996) e inexistência entre o contido no art. 17 da Lei de Arbitragem e o art. 25 da Lei 8.935/1994, pois ambos se desvelam como instituições de natureza privada,<sup>11</sup> malgrado o veto presidencial à redação original da Emenda 320<sup>12</sup> na Medida Provisória 1.085, que pretendia acrescentar o § 5º ao art. 29 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973),<sup>13</sup> com o condão de legitimar-compatibilizar o exercício da arbitragem com a atividade delegada desempenhada pelos Oficiais de Registro Civil, porquanto “las reglamentaciones del cuerpo no lo vedan, nilas características de su función lo repelen; sociologicamente siempre ha sido aceptada esta posibilidad”.<sup>14</sup>

### 3. OS PROJETOS DE LEI 5.243/2009 E 414/2014

De todo modo, em tentativa de remediar a situação – encetando maior clareza ao assunto –, emerge o PL 5.243/2009,<sup>15</sup> cujo escopo é acrescentar ao art. 13 da Lei 9.307/1996 os §§ 8º e 9º, a fim de que se possa “nomear como árbitros os notários e oficiais de registro” e garantir institucionalmente os fins colimados pelo art. 5º, inc. XXXV, da CRFB.<sup>16</sup>

11. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 205: “o árbitro exerce verdadeira jurisdição privada que lhe é conferida no microsistema da Lei 9.307/96”. Assim, “não são funcionários públicos, mas se submetem às normas penais a estes aplicáveis, dada a relevância do papel que cumprem e as responsabilidades a eles inerentes, frente ao Estado e às partes que nele, árbitro, confiaram” (MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 216).
12. A emenda tinha como objetivo permitir que os oficiais de registro civil das pessoas naturais atuassem como árbitros, pois seriam “por vezes, a única representação estatal, obrigatoriamente presente em todos municípios e distritos do país”.
13. “Art. 29 [...] § 5º. A atividade delegada desempenhada exclusivamente pelo oficial de registro civil das pessoas naturais é compatível com o exercício da arbitragem, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, e da leiloeira, cumpridos os seus requisitos próprios”.
14. VILLEGAS, Elias Campos. Los notarios ante la arbitraje. Nuestra postura. *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n. 20, p. 36-43, jul.-ago. 2008.
15. O art. 2º do PL dispõe: “O art. 13 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar com nova redação para o caput e com o acréscimo de § 8º: Art. 13. Poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, ainda que titular de delegação do Poder Público, e que tenha a confiança das partes. § 8º. O titular de delegação, referido no caput deste artigo, não poderá atuar em litígio envolvendo interesse da Administração Pública”.
16. Nesse sentido, de modo similar: ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre arbitragem e os serviços notariais e registrais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 101-122, jul. 2011: “ora, se a Constituição veio garantir



O PLS 414/2014, com símil propósito, foi rejeitado sob o canhestro pretexto de ser inconstitucional, pois vulneraria a isonomia plasmada no art. 5º, inc. I, da CRFB, ao ensejar uma pretensa preferência – e, portanto, *discrímen* – em favor dos titulares de delegações, em virtude da indicação nominativa.

Tal argumento, contudo, apenas confirma a *possibilidade institucional do notário-árbitro*, porquanto *desnecessária individualização expressa de qualquer menção confirmatória* no bojo da Lei 6.015/1973. O art. 13, *caput*, da Lei de Arbitragem, erige vasto espectro para atuação como árbitro, que em tese sequer necessitaria ser pessoa alfabetizada,<sup>17</sup> como estatuíam o art. 1.031, inc. II, do CPC/1939<sup>18</sup> e o art. 1.079, inc. II, do CPC/1973.<sup>19</sup> Impõe apenas exigência de dúplice ordem: a capacidade civil (art. 2º do CC),<sup>20</sup> e a deontológica “confiança das partes”.<sup>21</sup>

---

novos direitos, permitir maior acesso da população à Justiça, fomentar a participação popular no processo democrático, não seria de se esperar outra resposta das pessoas”.

17. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 220.
18. Art. 1.031. Não poderão ser árbitros: I – os incapazes; II – os analfabetos; III – os estrangeiros.
19. Art. 1.079. Pode ser árbitro quem quer que tenha confiança das partes. Excetuam-se: I – os incapazes; II – os analfabetos; III – os legalmente impedidos de servir como juiz (art. 134), ou os suspeitos de parcialidade (art. 135).
20. Deve ser pessoa natural, portanto. Apesar de alguns ordenamentos possibilitarem a indicação de pessoas jurídicas como árbitros, como no direito alemão. Nesse sentido: PINTO, Luiz Fernando Teixeira. Reflexões sobre os deveres e atribuições dos árbitros. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azevedo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 265.
21. É assim desde o período romano clássico, em que o *arbiter*, que “não integrava o corpo funcional romano, sendo um mero particular idôneo, incumbido de julgar” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio. *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 176). Em síntese, “o árbitro é pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 228). A confiança das partes pode ser considerada como a “regra de ouro” das partes, pois ela se legitima na própria figura do árbitro. Nesse sentido: CLAY, Thomas. *Larbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 10-11. Logo, “the arbitrator is the sine qua non of the arbitral process. The process cannot rise above the quality of the arbitrator” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 223). Em sentido análogo: DRAHOZAL, Christopher; NAIMARK, Richard. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 146-147; BERGER, Klaus Peter. *Private dispute resolution in international business: negotiation,*

Talvez seja o caso, evitando-se qualquer mácula de ilegalidade na atuação, de acrescer a atribuição no rol constante das atividades elencadas nos arts. 6º e 7º da Lei 8.935/94, com o seguinte teor: art. 6º, inc. IV – aos notários compete resolver conflitos na função de árbitro; e art. 7º – aos tabeliães compete a lavratura de atos do processo arbitral e proferir sentença arbitral.<sup>22</sup>

#### 4. O NOTÁRIO-ÁRBITRO NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme já gizado alhures, os registradores e notários possuem ontologicamente os predicados da *autonomia* e *independência* (art. 11 da Lei 6.015/1973 e art. 28 da Lei 8.935/94), hauridos da *imparcialidade*, porquanto vedado o exercício de funções incompatíveis com referido vetor (art. 25 da Lei 8.935/1994), o que decorre logicamente da fé-pública atribuída à investidura (art. 236, § 6º, da CRFB c/c arts. 1º e 2º da Lei 8.935/1994).

Ressaem, destarte, árbitros, já que tais caracteres (autonomia, independência e imparcialidade) são a quintessência de referido mister<sup>23</sup> (art. 13, § 6º e art. 14, § 1º, da Lei 9.307/1996), isto é, sua pedra angular (*cornerstone*),<sup>24</sup> como efusivamente propalado no direito português, ao estabelecer que a instituição notarial “actua de

---

mediation, arbitration. v. 2. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 134. Há quem acrescente exigências de “ordem prática”, como a compreensão do idioma em que se desenvolverá o processo arbitral, pois “while it is possible to conduct an arbitration where an interpreter translates all of the testimony and written submissions for the tribunal, it is expensive and inefficient. Something will be lost in translation. The arbitrator need not to speak the official language as her first language, but sufficient fluency to avoid the need of translation is preferred” (HEARD, Roderic; WALKER, Susan; COOLEY, John. *International commercial arbitration advocacy: a practitioner’s guide for American lawyers*. National Institute for Trial Advocacy, 2010. p. 66).

22. Afinal, não se pode esquecer que a norma jurídica não é mais do que um fragmento de vida humana objetivada, sendo que o Direito deve ser uma resposta do legislador à sociedade para satisfazer suas necessidades, resolvendo problemas concretos, como se apresentam em determinado contexto histórico-social, conforme: SICHES, Luís Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 274.
23. Em sentido similar, defendo que não existiria incompatibilidade na atuação dos notários como árbitros, haja vista os princípios informadores da arbitragem (autonomia da vontade e boa-fé): NAGAO, Paulo Issamu. Notas sobre a efetividade da prestação jurisdicional e vícios na arbitragem. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 290.
24. LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 95.

forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados” (art. 1º do Decreto-Lei 26/2004).<sup>25</sup> Ausentes tais atributos, eclodirá hipótese nulificante (art. 21, § 2º; art. 32, incs. VI e VIII; art. 33, *caput*, da Lei 9.307/1996 e art. V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque).<sup>26</sup>

O notário-árbitro desempenharia o múnus como pessoa física, exurgindo sua responsabilidade pessoal,<sup>27</sup> na forma dos arts. 37, § 6º e 236, § 1º, da CRFB; art. 22 da Lei 8.935/1994; do art. 28 da Lei 6.015/1973 e do art. 38 da Lei 9.492/1997, pois a serventia extrajudicial é ente destituído de personalidade jurídica, sendo “mera evocação designativa de um serviço público prestado por particulares”.<sup>28</sup>

- 
25. BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 19.
26. Sobre a preocupação em torno da imparcialidade dos árbitros, questão clássica, consultar, por todos, na doutrina nacional: LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitros: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: Editora LTr, 2001, p. 50 e ss; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25-32; FERRO, Marcelo. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 852 e ss. Na doutrina internacional: KURKELA, Matti; TURUNEN, Santtu. *Due process in international commercial arbitration*. 2. ed. New York: Oxford, 2010, *passim*; YU, Hong-Lin; SHORE, Laurence. Independence, impartiality, and immunity of arbitrators: US and English Perspectives. In: *International and comparative law quarterly*, v. 52, 2003, p. 947-949; ROBERT, Jean. *L'arbitrage*. Droit interne. Droit international privé. Paris: Dalloz, 1983, p. 114-115; MOSES, Margaret. *The principles and practice of international commercial arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 135.
27. A questão da responsabilização pessoal – e não do Estado – para fins de responsabilidade civil não é assunto pacífico. Há quem entenda que por existir equiparação dos notários e registradores com os servidores públicos, “o poder público responderá objetivamente pelos danos que os titulares das serventias extrajudiciais, enumeradas no art. 5º, da Lei 8.936/94, ou seus prepostos, nessa qualidade, causarem a terceiros” (STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos notários e registradores (comentários à Lei 8.935, de 18.11.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 714, abr. 1995. p. 53). Também se amplia o espectro de responsabilização, englobando culpa e dolo por todos os danos causados (nesse sentido: REIS, Clayton. A responsabilidade civil do notário e do registrador. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 703, maio 1994. p. 21; GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. Natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 71, ano XXIV, nov. 1997). Contudo, posição mais consentânea com o art. 37, § 6º, da CRFB, é prescindir da culpa para a caracterização da responsabilidade, pois o preceptivo também se aplica aos agentes delegados, conforme jurisprudência iterativa do c. STF (dentre outros, o RE 201.595/SP, julgado em 20.04.2001) e amplo reconhecimento doutrinário (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 4.617; RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128).
28. Nesse sentido, antigo precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916: “o cartório e a função titulada não são pessoas físicas ou

Por uma questão deontológica, vedar-se-ia o exercício do mister em demandas cujo objeto fosse conflito advindo de uma escritura ou ata notarial lavrada pelo próprio árbitro, a exemplo do que teleologicamente obsta o art. 144, inc. II, do CPC e art. 14, §§ 1º e 2º, da Lei 9.307/1996.

Outrossim, não poderiam atuar nas hipóteses fáticas plasmadas no art. 27 da Lei 8.935/94, isto é, quando exsurgir interesse próprio ou de parentes.

## 5. O NOTÁRIO-ÁRBITRO NO DIREITO COMPARADO

### 5.1. Introdução

Sob o enfoque do direito comparado, dessume-se não se tratar de proposta descabida. Desde 2001, a União Internacional do Notariado Latino, pela ocasião do

---

jurídicas; não são entes jurídicos no ordenamento brasileiro, não podendo e nem devendo figurar no polo ativo ou passivo processual. Em realidade não têm personalidade própria e nem são entes patrimoniais, capazes de contrair direitos e obrigações. Entes jurídicos são somente aqueles previstos em lei, e os arts. 16 e 18 do Código Civil assim não os classifica. Em suma, é mera evocação designativa de um serviço público prestado por particulares, profissionais do direito, e, como tal, insuscetível de figurar *ad causam* ou *ad processum*, em qualquer relação de direito, ativa ou passivamente” (TJSP, Apelação Cível 0078975500, 7ª Câm. Cív., Ac. 3954, DOJ-SP 25.08.1995). No mesmo sentido, jurisprudência pacífica do c. Superior Tribunal de Justiça: “inquestionável que a responsabilidade é pessoal do titular da serventia. Esta não possui personalidade jurídica. Assim, o titular (pessoa física) responde pelos danos causados a terceiro por ato seu ou de seus prepostos. Desta maneira, não pode o sucessor responder por atos ilícitos praticados pelo sucedido” (STJ, REsp 443467-PR, 3ª Turma, j. 05.05.2005, rel. Min. Castro Filho). Em sentido contrário e minoritário, entendendo que existiria “personalidade judiciária”, ensejando sua legitimidade *ad processum*, o precedente firmado sob a lavra do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar: “nesta Quarta Turma já assim foi decidido sobre a legitimidade das pessoas formais: Desta forma, o réu estaria legitimado para demandar e ser demandado, por defender um interesse próprio, sendo ele equiparado a uma das várias figuras denominadas ‘pessoas formais’, contempladas pela lei como titulares de personalidade judiciária, conquanto não detentoras de personalidade jurídica, tais como a massa falida, o espólio, as heranças jacente e vacante e o condomínio, sendo pertinente a lição de Thereza Alvim, em O Direito Processual de Estar em Juízo (RT, 1996, n. 1.7, p. 71), no sentido de não ser taxativo o rol elencado no art. 12 do Código de Processo Civil [...] Assim, tenho que o cartório de notas pode figurar na relação processual instaurada para a indenização pelo dano decorrente da alegada má prestação dos serviços notariais. Nada impedia, ademais, que o lesado, para a recomposição do dano patrimonial causado por quem atuava investido de função de natureza pública, acionasse exclusivamente o Estado, como, da mesma forma, poderia fazê-lo em relação ao responsável direto, ou a ambos, conjuntamente” (STJ, RESP 476532-RJ, 4ª Turma, j. 20.05.2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“23º Congresso Internacional de Atenas”, obtempera a institucionalização da arbitragem perante os órgãos e entidades notariais, legitimando a edificação de veras câmaras arbitrais, como sói ocorrer perante outras instituições.<sup>29</sup>

## 5.2. Espanha

O direito espanhol, com a atual Lei de Arbitragem (arts. 8º e 25, n. 1, Lei 60 de 23.12.2004), não reprimiu a categórica vedação em relação aos notários, radcada no artículo 12.4 da *Ley 36/1988*, a denotar coerência histórica, máxime porque

---

29. International Union of Latin Notaries. XXIII International Congress of Latin Notaries, Athens (Greece), October 2001. Theme I – THE NOTARIAL FUNCTION IN AVOIDING DISPUTES: NOTARIAL ADVICE AND MEDIATION AS TECHNIQUES: Recommendations of the Congress. Arbitration. 1-) In the case of conflicts that have not been settled either by counselling and adequate advice nor by mediation, Arbitration – from the vantage point of the profession of notary – is the ultimate means to settle disputes outside of State courts. In the spirit of dispute prevention, arbitration may be considered as the final stage in the settlement of conflicts out of court, in the strict meaning of the term. This stage has an additional advantage deriving from the confidence of the parties who freely choose their arbitrators, and the specific competence of those who concretely decide about the matter, a condition that generally precedes the choice of the arbitrators. In this specific and restricted sense, we can still make reference to dispute prevention which, without arbitration, would be undoubtedly « condemned » to be settled in State Courts. 2-) The Notariat represents the profession of Amicable settlements, of conflict and dispute prevention in the broad meaning of the term. However, since not even Mediation can settle all legal conflicts, the Notariat – represented by competent, adequately trained, capable notaries authorized to fulfill the function of arbitrator – offers the assistance of notaries in this field; the notaries concerned make the most of their professional expertise to the benefit of the negotiating parties, and of their legal competence; notaries may exercise the function of arbitrator voluntarily, either within a board of arbitrators or individually. 3-) Within the framework of Arbitration and depending on the situation in the countries concerned, National Notarial Councils could, if deemed appropriate, set up boards of arbitrators, made up preferably of notaries, on top of Mediation Chambers, to offer the public the institution of Notarial Arbitration, with a view to combining the experience of notarial mediation and the practice of arbitration, with the intention of establishing an adequate code of conduct, acceptable remuneration, and relative control. 4-) Lastly, notarial arbitration should not be seen as an additional function of notaries, but as an extraordinary activity, that is compatible, in most of the cases, with other notarial activities and fits in with habitual notarial functions, which are primarily intended for and addressed to Counselling and Mediation, that is to say the « Amicable Settlement of Disputes », and the spirit of conflict and dispute prevention, the principal purpose of the profession of notary. Disponível em: [[www.uinl.org/documents/20181/72808/XXIII+CONGRES+-+CONCLUSIONS+THEME+I+-+NOT.+HELLGE+%28ENG%29/3377b278-d946-4a62-9b73-d8ac8ec90240](http://www.uinl.org/documents/20181/72808/XXIII+CONGRES+-+CONCLUSIONS+THEME+I+-+NOT.+HELLGE+%28ENG%29/3377b278-d946-4a62-9b73-d8ac8ec90240)]. Acesso em: 26.09.2022.

“os notários espanhóis sempre exerceram um importante papel na arbitragem, desde o medievo, cumprindo os ditames da Lei das Partidas de Alfonso X, o Sábio”.<sup>30</sup>

Não por outro modo, admite-se até mesmo *arbitragem testamentária*, isto é, a determinação do juízo arbitral notarial pela emanação de última vontade,<sup>31</sup> inclusive sobre direitos sucessórios pretensamente “indisponíveis”, como no ordenamento alemão (§§ 1.025 a 1.049 da ZPO).

### 5.3. Peru

Na América Latina, paradigmática é a Lei de Arbitragem peruana (Decreto Legislativo 1.071, de 28.06.2008), pois em seu art. 2º, 7, estabelece que:

30. SOARES NETO, Júlio. *Direito registral e arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 280.

31. Para uma análise profunda e ampla, consultar: GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, *passim*. Assim, “en el arbitraje testamentario no requiere la previa formalización de un convenio arbitral, de amplia base negocial de carácter bilateral [...] el arbitraje testamentario se sustenta en la voluntad unilateral del testador” (LORCA NAVARRETE, Antônio Maria; LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. *Tratado de derecho de arbitraje*. 6 ed., San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, p. 677). Portanto, “la particularidad del arbitraje testamentario, tradicional en nuestro Derecho y que la Ley toma del artículo 7 de la precedente Ley de 1988, radica en que el origen del mismo no es un convenio, sino la voluntad exclusiva del testador, y su fundamento hay que buscarlo en la facultad que se reconoce de excluir la vía judicial para la división de la herencia (cfr. art. 782 LEC)” (CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje de derecho privado* (estudio breve de la Ley 60/2003 de diciembre). Navarra: Thomson Civitas, 2005, p. 79). Em uma tentativa de construir/incorporar essa possibilidade no direito brasileiro: CAHALI, Francisco José. Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol. *Revista de mediação e arbitragem*, n. 17, ano 5, abr./jun. 2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: “a arbitragem testamentária é uma cláusula em que o testador impõe a seus sucessores facultativos a obrigação de que suas controvérsias sejam postas a conhecimento de um árbitro por ele designado ou a ser definido segundo a Lei de Arbitragem, tudo no pressuposto de aparecerem litígios, caso contrário, não se instaura o procedimento arbitral. A cláusula tem efeito vinculante aos herdeiros instituídos que não poderão submeter seus conflitos ao judiciário, assim, não está ao arbítrio dos sucessores aceitar ou recusar a arbitragem; recolhendo a herança a eles destinada, submete-se à condição imposta no testamento [...] assim, conflitos quanto à partilha, quanto à liquidação da herança, as impugnações e até alegações de invalidade da divisão entre os herdeiros instituídos deverão ser solucionados pelo juízo arbitral. Da mesma forma, na amplitude reconhecida, mesmo as questões relacionadas às condições e termos estabelecidos no testamento, e as circunstâncias em que determinados herdeiros devam suceder (ex. em razão da verificação do implemento de uma condição essencial a adquirir o direito sucessório), estão submetidas à arbitragem, desde que relacionadas exclusivamente àqueles sucessores sobre os quais se impôs a arbitragem”.



“mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y participación. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior”.

#### 5.4. Uruguai

Nos países que adotam a tradição do notariado latino, *não exsurge qualquer impedimento expreso para que os integrantes da instituição exerçam a função de árbitro*. Pelo contrário. Situações existem em que presente regulamentação *fomentando e institucionalizando* a atividade, como é o caso do Uruguai, cuja “Asociación de Escribanos” gerencia seu próprio Centro de Resolución de Conflictos,<sup>32</sup> oferecendo mediação, conciliação e arbitragem desde 1999,<sup>33</sup> máxime a anomia em relação ao tema arbitragem, mencionado fugazmente no art. 6 da Constituição e entre os arts. 472 a 507 do *Código General del Proceso*,<sup>34</sup> até a edição da *Ley 19.636/2018* (arbitragem internacional). Destarte, “hay dos Centros de Conciliación y Arbitraje en Uruguay, uno de ellos es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Bolsa de Comercio y el Centro de Resolución de Conflictos de la Asociación de Escribanos”.<sup>35</sup>

32. Amplamente, em sede doutrinária: MALEL, Enrique. *El arbitraje civil y comercial*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997. p. 28 e ss.

33. Disponível em: [[www.aeu.org.uy/Servicios/Centro-de-Resolucion-de-Conflictos-uc2203](http://www.aeu.org.uy/Servicios/Centro-de-Resolucion-de-Conflictos-uc2203)]. Acesso em: 07.10.2022. Nesse sítio, informam que: “El Centro de Resolución de Conflictos (CRC) nació en 1999 con el compromiso de la Asociación de Escribanos del Uruguay de promover a nivel nacional los métodos de resolución de conflictos vigentes en el mundo. El marco normativo del centro comprende el Estatuto de creación y el respectivo Reglamento de Arbitraje. El ejercicio de la profesión notarial está caracterizada con atributos que le otorgan al Escribano un perfil potencial para ser árbitro, mediador y negociador. La función notarial, armonizadora, neutral y confidencial, sumada a la capacitación en técnicas de eficacia probada en métodos de resolución de controversias, convierte al Escribano en un agente idóneo para la conducción de las partes a la resolución de sus diferencias. El centro cuenta con registros de mediadores y árbitros a disposición de las partes interesadas”.

34. Nesse sentido: BUCZYNSKI, Ida; CARRERA, Susaí Ginzo. Breves nociones del arbitraje en la República Oriental del Uruguay en sede de la Asociación de Escribanos del Uruguay. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (Zuzenbide Prozesala Ta Arbitraia Euskal Aldizkaria)*, v. 22, n. 2, 2010. p. 365-382.

35. RIVERO, Juan Manuel. Situación del arbitraje en Uruguay a raíz de la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Análisis a la luz de los modelos de Uncitral y otras instituciones. *Revista Misión Jurídica*, v. 12, n. 17, julio-diciembre 2019. p. 183-204.



### 5.5. Argentina

Outro exemplo contundente da América hispânica, que nos circunda, é o da Argentina, em que se desenvolve arbitragens (art. 14, § 2º da Constituição) sob a condução de notários<sup>36</sup> perante o “Centro de Arbitraje de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal”,<sup>37</sup> ausente regulamentação homogênea e nacional para arbitragens domésticas,<sup>38</sup> pois o direito processual é matéria de competência legislativa reservada às províncias (art. 67, inc. 11 da Constituição de 1853, correspondente ao art. 75, inc. 12, e art. 121 do texto reformado em 1994).<sup>39</sup>

Todavia, em hipóteses estatuídas pelo direito material, existe a figura da *arbitragem forçada*, com a consequente competência absoluta (*vis attractiva*)<sup>40</sup> do Centro

36. CÁRDENAS, Sara Feldstein; HERBÓN, Hebe Leonardi. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 66.

37. ROBIOLO, Jorge Alberto. *Derecho arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007. p. 172 e ss.

38. Em 2018, a Argentina editou a lei específica que regulamenta a arbitragem comercial internacional, seguindo a Lei Modelo Uncitral. Assim como o Uruguai. Destarte, “tais países passaram de um sistema monista, no qual não se diferenciava a lei aplicável a arbitragens domésticas e internacionais para um sistema dualista, com um regime legislativo específico para as arbitragens internacionais” (PERETTI, Luís Alberto Salton; ROSSETTO, Julia Guimarães. Breves comentários acerca das novas leis de arbitragem comercial internacional de Argentina e Uruguai. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 62, n. 16, 2019.

39. TAQUELA, Maria Blanca Noodt; ARGEREY, Guillermino. *Arbitraje internacional en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p. 316: “en la República Argentina existe una pluralidad de legislaciones en la materia, ya que el arbitraje está regulado tanto en el CPCNA como en la mayoría de los Códigos procesales provinciales. En virtud del régimen federal, el Congreso Nacional tiene la atribución de sancionar la legislación de fondo (art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional de 1994) y las provincias se han reservado legislar en materia procesal”. Em sentido análogo: TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *El arbitraje en Argentina*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur y Bolsa de Comercio, 2000. Para uma visão panorâmica, consultar: TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio Minorini. El estado y el arbitraje: primera aproximación. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 14, 2007. Para uma perspectiva jurisprudencial: AMADEO, José Luís. *Arbitraje según la jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, *passim*; CÁRDENAS, Sara Feldstein; HERBÓN, Hebe Leonardi. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, *passim*; KLOR, Adriana Dreyzin de; ARROYO, Diego Fernández. *Arbitraje*. Buenos Aires: Zavalia, 2004, *passim*; PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil: procesos arbitrales y universales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, v. 9, 2003, *passim*.

40. CÁRDENAS, Sara Feldstein; HERBÓN, Hebe Leonardi. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 39.

de Arbitraje,<sup>41</sup> como na empreitada (art. 1.627 do Código Civil argentino),<sup>42</sup> em demandas envolvendo cartas de crédito (art. 491 do Código Comercial argentino),<sup>43</sup> liquidação de sociedades civis (art. 1.781 do Código Civil argentino)<sup>44</sup> e liquidações complexas de sentenças (art. 516 do Código Procesal Nacional).<sup>45</sup>

## 5.6. Alemanha

Na Europa continental destaca-se o sistema germânico, em que o notário (*Nur-notariat*) pode atuar como juiz, árbitro e advogado (*Anwaltsnotariat*),<sup>46</sup> a depender do regime contido em cada estado-membro (*Bundesländer*),<sup>47</sup> como em Bayern e

- 
41. SOARES NETO, Júlio. *Direito registral e arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 281: “O Tribunal oferece serviços de mediação e de arbitragem de direito ou de equidade, sendo ainda competente para os casos previstos em lei de arbitragem forçada de sua competência. O Tribunal de Arbitragem Geral e de Mediação está presidido sob a forma honorária e colegiada pelo senhor decano da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires e pelo senhor presidente do Colégio de Escribanos da Capital Federal. Os árbitros serão escolhidos pelo decano da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, selecionando professores ou notáveis especialistas em determinadas matérias. O Colégio de Escribanos elaborará uma indicação para vaga de membro do Tribunal. As condições requeridas para ser árbitro são as de ser advogado ou escribano, habilitados como tais em alguma jurisdição da República Argentina, devendo reunir solvência moral, antecedentes profissionais e docentes de acordo com a hierarquia do cargo, e uma antiguidade de dez anos, no mínimo, no exercício da profissão”.
42. Sobre o ponto, consultar: CIFUENTES, Santos. *Código civil comentado y anotado*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, t. II, *passim*; e CAZEAUX, Pedro; REPRESAS, Félix Trigo. *Derecho de las obligaciones*. 3. ed. La Plata: LEP, 1991. p. 501 e ss.
43. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008. p. 121.
44. RUFINO, Marco. *El proceso arbitral*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 28-29.
45. Nesse sentido: COLOMBO, Carlos; KIPER, Claudio. *Código procesal civil y comercial de la Nación anotado y comentado*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006. v. 6; FASSI, Santiago; MAURINO, Alberto. *Código procesal civil y comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes: comentado, anotado y concordado*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005; KIELMANOVICH, Jorge. *Código procesal civil y comercial de la Nación*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
46. Para um excursão histórico sobre o tema, consultar o indispensável: HARMS, Wolf-George. *Bibliographie zur Geschichte des Deutschen Notariats*. Würzburg: Deutsches Notarinstitut, 2007, *passim*.
47. Para uma descrição das regulamentações locais e federais no âmbito do direito processual civil: ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 18. ed. München: C. H. Beck, 2018, p. 9-11. Na doutrina nacional: CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 11-12; XAVIER

Hessen,<sup>48</sup> porquanto a organização do notariado triparte-se em: notariado *livre, restrito e judicial*.<sup>49</sup>

A Câmara Notarial Federal (*Bundesnotarkammer* – BNotK),<sup>50</sup> desde 28.04.2000, possui convênio erigindo câmaras próprias e regulamentado o procedimento, além dos custos do processo arbitral, com possibilidade de atuação unipessoal do notário ou como membro de tribunal composto por três membros.<sup>51</sup> Na Alemanha o objeto dessa hipótese de arbitragem versa comumente sobre direito urbanístico privado e disputas societárias.<sup>52</sup>

### 5.7. Portugal

Em admirável pioneirismo, na península ibérica, o Despacho do Secretário de Estado e Justiça 5.097/2009, de 27 de janeiro de 2009,<sup>53</sup> franqueou a constituição,

---

NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, v. 74, abr.-jun. 1982; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 103-112, jul.-set. 2003.

48. BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 59.
49. RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32: “O notariado livre identifica-se pelo desempenho concomitante com a advocacia e pela duração do exercício da licença de advogado, de atuação notarial resumida a atividades de autenticações e consultoria, sem exclusividade de atribuição em nenhum assunto, limite ao número de tabeliães ou demarcação territorial. O notariado restrito aproxima-se ao do tipo latino: ‘... a função é pública e o notário a exerce de forma independente, sem estar inserido hierarquicamente entre os funcionários a serviço da administração do Estado ou de outras corporações públicas;’ há exclusividade de atribuições, a nomeação dos notários e a criação de serventias, em número fechado, dependem do Estado. No notariado judicial, ‘... os titulares das serventias pertencem à magistratura e a noção de tabelionato identifica-se a um órgão estatal;’ são os notários nomeados pelo Ministério da Justiça e pagos pelo Estado, independentemente da atividade realizada”.
50. Conforme definição encontrada no próprio sítio institucional. Disponível em: [www.bnotk.de]. Acesso em: 10.10.2022: “Die Bundesnotarkammer vertritt die deutschen Notarinnen und Notare im nationalen und internationalen Bereich, wirkt in Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene sowie bei der Entwicklung des notariellen Berufsrechts mit und sorgt für die Aus- und Fortbildung der Notarinnen und Notare”.
51. NETO, Júlio Soares. *Direito registral e arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 282.
52. WAGNER, Klaus. La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos. In: *XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino*. Ponencia de la Delegación Alemana.
53. Disponível em: [www.gral.mj.pt/categoria/conteudo/id/11]. Acesso em: 12.10.2022.

em Portugal, do “Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD” em matéria tributária (Decreto-Lei 10/2011). A instituição é composta pela Associação Sindical dos Oficiais dos Registos e do Notariado,<sup>54</sup> além de possuir em sua lista de árbitros componentes das respectivas carreiras, a denotar conformidade entre as funções notarial e arbitral.<sup>55</sup>

### 5.8. Estônia

Outro exemplo de país integrante da União Europeia que atribui a heterocomposição de conflitos com símil método é a Estônia, cujos notários (*Notariamet*),<sup>56</sup> – regrados pela *Notariaadiseadus* de 01 de fevereiro de 2002 –, podem atuar como árbitros (§ 32, item 4 de mencionada lei),<sup>57</sup> de forma unipessoal ou por intermédio do Tribunal de Arbitragem da Câmara dos Notários (*Notarite Koja vahekohtu*

---

54. Diário da República, 2ª Série – n. 30 – 12 de fevereiro de 2009. Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, Despacho 5.097/2009: O Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro, veio consagrar a arbitragem institucionalizada no domínio do contencioso administrativo, prevendo a criação de centros de arbitragem permanente destinados à apreciação de questões relativas a contratos, responsabilidade civil da Administração, relações jurídicas de emprego público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo. O novo regime jurídico resulta da vontade de o Estado, nas suas relações com os cidadãos e outras pessoas coletivas, propor e aceitar a superação dos litígios através do recurso aos meios alternativos de resolução de litígios. Opção justificada pelas vantagens inerentes à mediação, conciliação e arbitragem, designadamente, eficácia, celeridade, economia e flexibilidade. Assim, em 19 de setembro de 2007, várias entidades, entre as quais a Associação dos Oficiais de Justiça, a Associação Sindical dos Conservadores dos Registos; a Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária, a Associação Sindical dos Funcionários Técnicos Administrativos Auxiliares e Operários da Polícia Judiciária, a Associação Sindical dos Oficiais dos Registos e do Notariado; a Associação Sindical dos Seguranças da Polícia Judiciária; a Associação Sindical dos Trabalhadores dos Serviços Prisionais, a Confederação de Comércio e Serviços de Portugal; o Sindicato dos Funcionários Judiciais; o Sindicato Nacional do Corpo da Guarda Prisional e o Sindicato dos Trabalhadores dos Registos e do Notariado requereram, ao abrigo do n. 1, do artigo 1º, do Decreto-Lei 425/86, de 27 de dezembro, autorização para a criação de um centro de arbitragem voluntária competente para dirimir conflitos emergentes de relações jurídicas de emprego público e de contratos.

55. Disponível em: [www.caad.org.pt/]. Acesso em: 12.10.2022.

56. Para informações sobre a carreira. Disponível em: [www.notar.ee/et]. Acesso em: 12.10.2022.

57. § 32. Notari ametiteenused. 4) *tegutsemine vahekohtunikuna tsiviilkohtumenetluse seadustiku alusel.*

*kaudu*), conforme § 34, item 1 e § 44, item 4. Referida instituição é “um órgão de resolução extrajudicial de litígios” (§ 52, (1)).<sup>58</sup>

## 6. CONCLUSÕES PARA A DOGMÁTICA BRASILEIRA

Ante o cotejo de elementos jurídico-comparados, emergem duas conclusões inolvidáveis para o direito brasileiro: a primeira, no sentido de os Notários e Registradores poderem exercer a função arbitral, a despeito de prévia chancela legislativa; a segunda resai na possibilidade de se edificar Câmaras de Arbitragem administradas, geridas e reguladas por instituições notariais (arbitragem institucional), a exemplo, em espectro nacional, do Colégio Notarial do Brasil, da Confederação Nacional de Notários e Registradores, da Associação dos Notários e Registradores do Brasil ou do Instituto de Registro Imobiliário.

O exercício da função efetivar-se-ia legitimamente por intermédio “de esquemas organizatórios adequados, necessariamente através de decisões ou acordos estabelecidos por e entre as suas organizações associativas ou representativas”.<sup>59</sup>

---

58. § 52. Tribunal Arbitral da Câmara dos Notários [RT I, 22.12.2020, 34 – entrou em vigor em 01.01.2021].

(1) O tribunal arbitral da Câmara dos Notários é um órgão de resolução extrajudicial de litígios. [RT I, 22.12.2020, 34 – entrou em vigor em 01.01.2021].

(2) A Câmara dos Notários estabelece o regulamento do tribunal de arbitragem, que estipula a competência e o procedimento do tribunal de arbitragem, tendo em conta as disposições imperativas do processo do tribunal civil e da Lei de Conciliação, e os honorários. [RT I, 22.12.2020, 34 – entrou em vigor em 01.01.2021].

(3) O Capítulo 6 da Lei de Conciliação não se aplica às atividades do tribunal de arbitragem da Câmara dos Notários. [RT I, 22.12.2020, 34 – entrou em vigor em 01.01.2021].

Em estoniano, no original:

§ 52. *Notarite Koja vahekohus* [RT I, 22.12.2020, 34 – jõust. 01.01.2021].

(1) *Notarite Koja vahekohus on vaidluste kohtuvälise lahendamise organ.* [RT I, 22.12.2020, 34 – jõust. 01.01.2021].

(2) *Notarite Koda kehtestab vahekohtu reglemendi, milles sätestatakse vahekohtu pädevus ja menetlus, arvestades tsiviilkohtumenetluse ning lepitusseaduse imperatiivseid sätteid, ja tasu.* [RT I, 22.12.2020, 34 – jõust. 01.01.2021].

(3) *Notarite Koja vahekohtu tegevuse suhtes ei kohaldata lepitusseaduse 6. peatükki.* [RT I, 22.12.2020, 34 – jõust. 01.01.2021].

59. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 52.

## 7. BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. Cláusula compromissória e compromisso arbitral: efeitos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 192-223, jan.-mar. 2001.
- AMADEO, José Luís. *Arbitraje según la jurisprudencia de la Corte*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, n. 111, p. 103-112, jul.-set. 2003.
- BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. *Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- BERGER, Klaus Peter. *Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. v. 2.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BUCZYNSKI, Ida; CARRERA, Susaí Ginzo. Breves nociones del arbitraje en la República Oriental del Uruguay en sede de la Asociación de Escribanos del Uruguay. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (Zuzenbide Prozesala Ta Arbitraia Euskal Aldizkaria)*, v. 22, n. 2, p. 365-382, 2010.
- CAHALI, Francisco José. Ensaio sobre arbitragem testamentária no Brasil com paradigma no direito espanhol. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, n. 17, ano 5, abr.-jun. 2008.
- CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CÁRDENAS, Sara Feldstein; HERBÓN, Hebe Leonardi. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. *Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 24, p. 429-434, 2ª quinzena, dez. 1996.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAZEAUX, Pedro; REPRESAS, Félix Trigo. *Derecho de las obligaciones*. 3. ed. La Plata: LEP, 1991.
- CIFUENTES, Santos. *Código civil comentado y anotado*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2008. t. II.
- CLAY, Thomas. *L'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*. Paris: Dalloz, 2011.
- CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.
- COLOMBO, Carlos; KIPER, Claudio. *Código procesal civil y comercial de la Nación anotado y comentado*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006. v. 6.



- CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje de derecho privado* (estudio breve de la Ley 60/2003 de diciembre). Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito processual civil alemão. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: Lex Editora, 2010.
- COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DRAHOZAL, Christopher; NAIMARK, Richard. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. The Hague: Kluwer Law International, 2005.
- FASSI, Santiago; MAURINO, Alberto. *Código procesal civil y comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes: comentado, anotado y concordado*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.
- FERRO, Marcelo. Apontamentos sobre a independência dos árbitros. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- GARDIES, Jean-Louis. La rationalité du droit chez Leibniz. In: *Archives de philosophie du Droit*, Paris, 1978.
- GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. Natureza jurídica dos órgãos notarial e registrador. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 71, ano XXIV, nov. 1997.
- HARMS, Wolf-George. *Bibliographie zur Geschichte des Deutschen Notariats*. Würzburg: Deutsches Notarinstitut, 2007.
- HEARD, Roderic; WALKER, Susan; COOLEY, John. *International commercial arbitration advocacy: a practitioner's guide for American lawyers*. National Institute for Trial Advocacy, 2010.
- KIELMANOVICH, Jorge. *Código procesal civil y comercial de la Nación*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- KLOR, Adriana Dreyzin de; ARROYO, Diego Fernández. *Arbitraje*. Buenos Aires: Zavalia, 2004.



- KURKELA, Matti; TURUNEN, Santtu. *Due process in international commercial arbitration*. 2. ed. New York: Oxford, 2010.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitros: princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: Editora LTr, 2001.
- LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- LORCA NAVARRETE, Antônio Maria; LÓPEZ, Carlos Alberto Matheus. *Tratado de derecho de arbitraje*. 6. ed. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.
- MALEL, Enrique. *El arbitraje civil y comercial*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 1997.
- MARTINS, Pedro Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTINS, Pedro Batista. Da ausência de poderes coercitivos e cautelares do árbitro. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAIS, José Luis de Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 2007.
- MOSES, Margaret. *The principles and practice of international commercial arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2012.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil: procesos arbitrales y universales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. v. 9.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.
- PERETTI, Luís Alberto Salton; ROSSETTO, Julia Guimarães. Breves comentários acerca das novas leis de arbitragem comercial internacional de Argentina e Uruguai. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 62, n. 16, 2019.
- PINTO, Luiz Fernando Teixeira. Reflexões sobre os deveres e atribuições dos árbitros. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao Prof. Theóphilo de Azevedo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- REIS, Clayton. A responsabilidade civil do notário e do registrador. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 703, maio 1994.

- RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RICCI, Edoardo F. Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n. 100, p. 88-105, out.-dez. 2000.
- RIVERO, Juan Manuel. Situación del arbitraje en Uruguay a raíz de la nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Análisis a la luz de los modelos de Uncitral y otras instituciones. *Revista Misión Jurídica*, v. 12, n. 17, p. 183-204, julio-diciembre, 2019.
- ROBERT, Jean. *L'arbitrage*. Droit interne. Droit international privé. Paris: Dalloz, 1983.
- ROBIOLO, Jorge Alberto. *Derecho arbitral*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 18. ed. München: C. H. Beck, 2018.
- RUFINO, Marco. *El proceso arbitral*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- SICHES, Luís Recasens. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.
- SOARES NETO, Júlio. *Direito registral e arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2010.
- STOCO, Rui. Responsabilidade civil dos notários e registradores (comentários à Lei 8.935, de 18.11.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 714, abr. 1995.
- TAQUELA, Maria Blanca Noodt. *El arbitraje en Argentina*. Montevideo: Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur y Bolsa de Comercio, 2000.
- TAQUELA, Maria Blanca Noodt; ARGEREY, Guillermino. *Arbitraje internacional en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- TAWIL, Guido Santiago; LIMA, Ignacio Minorini. El estado y el arbitraje: primera aproximación. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 14, 2007.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio. *Mercosul: lições do período de transitoriedade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- TIBURCIO, Carmem. A Lei de Arbitragem e a pretensão inconstitucionalidade de seu artigo 7º. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], n. 218, p. 175-196, out.-dez. 1999.
- VERDE, Giovanni. Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 2003.
- VILLEGAS, Elias Campos. Los notarios ante la arbitraje. Nuestra postura. *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n. 20, p. 36-43, jul.-ago. 2008.
- WAGNER, Klaus. La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos. In: *XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino*. Ponencia de la Delegación Alemana.

WALD, Arnaldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 7, p. 323-334, jan.-mar. 2000.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. Notas sobre a justiça na Alemanha. *Revista de Informação Legislativa*, ano 19, v. 74, abr.-jun. 1982.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YU, Hong-Lin; SHORE, Laurence. Independence, impartiality, and immunity of arbitrators: US and English Perspectives. In: *International and comparative law quarterly*, v. 52, p. 947-949, 2003.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Imobiliário e Registral; Arbitragem

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A importância da arbitragem na atual tendência à desjudicialização dos conflitos, de Asdrubal Franco Nascimbeni – *RevMEtA* 70/113-152;
- Cartórios e acesso à justiça: a mediação e a conciliação realizadas pelas serventias notariais e registras, de Aline Rodrigues de Andrade – *RDI* 92/13-41;
- O papel das serventias extrajudiciais na desjudicialização das questões relativas à guarda, visitação e pensão alimentícia de menores de idade, de Felipe Vilas Bôas Fraga, Bruno Bastos de Oliveira, Rafael de Lazari e Alencar Frederico Margraf – *RT* 1025/177-199; e
- Políticas públicas de acesso à justiça e seu impacto nas camadas populacionais mais vulneráveis, de Luciane Leão de Souza, Lucas Augusto Gaioski Pagani e Rennan Thamay – *RT* 1067/61-78.

# HISTÓRICO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO, JURISDIÇÃO E DESENHOS NORMATIVOS DA CONCILIAÇÃO

## *HISTORY OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW, JURISDICTION AND NORMATIVE DESIGNS FOR CONCILIATION*

Assista o comentário  
do autor sobre o artigo



**LUCAS LOPES DÓRIA FERREIRA**

Doutorando pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Pós-graduado em Direito Tributário e Processo Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Associado da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNPEP). Juiz de Direito. lldoria@hotmail.com

Recebido em: 01.07.2024  
Aprovado em: 19.08.2024

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil

**RESUMO:** O presente trabalho dedica-se a revisitar a história do direito processual civil brasileiro desde o período colonial, concentrando-se na disciplina normativa da conciliação ao longo dos anos. Realizada a apresentação da conciliação nos diversos contextos normativos, tem-se o anseio de provocar reflexão sobre a adequação do atual modelo contido no CPC/2015 e a sua contribuição para um processo mais eficiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil – Jurisdição – Justiça Multiportas – Conciliação – Efetividade.

**ABSTRACT:** This work is dedicated to revisiting the history of Brazilian Civil Procedure Law since the colonial period, focusing on the normative discipline of conciliation over the years. Once conciliation has been presented in the various normative contexts, the aim is to provoke reflection on the suitability of the current model contained in the CPC/2015 and its contribution to a more efficient process.

**KEYWORDS:** Jurisdiction – Civil procedure – Multi-door Courthouse – Conciliation – Effectiveness.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Períodos históricos. 2.1. Código philippino. 2.2. Constituição Imperial (1824). 2.3. Código de Processo Criminal do Império (1832). 2.4. Código Comercial e o Regulamento 737 de 1850. 2.5. A Proclamação da República e alguns de seus reflexos na disciplina processual civil (1889). 2.6. A primeira Constituição da República (1891). 2.7. O Código de Processo Civil de 1939. 2.8. O Código de Processo Civil de 1973. 2.9. O Código de Processo Civil de 2015. 3. Síntese crítico-reflexiva-propositiva. 3.1. Objeto da jurisdição. 3.2. Efetividade da jurisdição. 3.3. Novo contexto social e a necessidade de adequação dos modelos de justiça. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Há tempos, o direito processual civil, no campo da ciência, preocupa-se com a *demora dilatada*<sup>1</sup> no resultado da tutela jurisdicional<sup>2</sup>, muito provocado, evidentemente, por queixas havidas no âmbito do cotidiano forense.

Ao longo do desenvolvimento das leis processuais, um movimento pendular é possível ser identificado em relação à conciliação, ora tendo-a como fase obrigatória; ora, facultativa; ora havendo, em relação a ela, particular omissão; isso desde as Ordenações do Reino de Portugal ao Código de Processo Civil de 2015.

N'outro plano, paralelo a esse movimento histórico da legislação em relação à conciliação, identifica-se, nas últimas décadas, ao menos a partir da de 70 do penúltimo século (século XX), o surgimento, no campo acadêmico, de reflexão sobre a *adequação*<sup>3</sup> do modelo (único) de Justiça adjudicada para toda e qualquer espécie de litígio, o que vem se desenvolvendo sob o rótulo de *Justiça Multiportas*<sup>4-5</sup>. Essa ideia,

1. A sensação que se tem é a de que a noção de tempo altera-se com a história e a evolução da humanidade, sendo influenciada, determinantemente, pelo desenvolvimento das tecnologias, sendo assim desde o surgimento da roda (há cerca de 3500 a.C.), do desenvolvimento da agricultura (há cerca de 12 mil anos), da criação das máquinas a vapor (séculos XVII-XVIII) e à combustão (séculos XVIII-XIX), do universo digital (décadas de 50-70) e da *internet* (década de 60), entre outros; refletido, esses processos de *aceleração* do trato e do tráfego humano, também no campo do Direito, sobretudo no do processo, de quem se cobra, a cada dia, respostas mais rápidas, quando não imediatas (o movimento contemporâneo da criação da tutela antecipada é – sem desconsiderar o fator de exigência por uma tutela efetiva – um reflexo dos anseios sociais dos tempos atuais, cujo nível, sempre crescente, é influenciado pela tecnologia circundante às relações humana).
2. A Lei de 29 de novembro de 1832, editada há quase 200 anos, já revelou a preocupação com uma Justiça mais célere: “A reforma, inspirada nas idéias liberais de que estavam imbuídos os homens que detinham o poder, destinava-se a transformar o processo civil em instrumento dúctil e menos complicado, despindo-o de atos e formalidades inúteis e de recursos excessivos, para possibilitar distribuição de justiça mais rápida e menos dispendiosa.” (COSTA, Moacyr Lobo da. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Ed. RT/Editora da Universidade de São Paulo, 1970, p. 10.)
3. Leonardo Carneiro da Cunha explica que se costuma denominar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem. Adverte, contudo, que estudos mais modernos consideram-nos não como *alternativos*, mas como *adequados*, formando, a partir dessa ideia, um sistema de justiça *multiportas*, em que, para cada tipo de controvérsia, seria mais adequada um método de solução (in: *Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem*. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n. 1, p. 140-141, jan.-jun. 2020).
4. A concepção de um *multi-door courthouse*, como método alternativo de resolução de disputa, é atribuído a Frank E. Sander, professor da *Harvard Law School*, em discurso que

ao que tudo sugere, em particular no Brasil – sem que se ignore algumas referências estrangeiras de semelhante experiência, a se considerar as lições de Mauro Cappelletti sobre o assunto<sup>6</sup> –, tem ganhado uma modelagem que propugna, em alguma medida, a *desjudicialização* dos litígios (com hipóteses inseridas no CPC/2015), sugerindo espaços e/ou ambientes de soluções de conflitos posicionados fora e antes do Poder Judiciário<sup>7</sup>, reservando-se a este a condição de *ultima ratio* – ou derradeira porta<sup>8</sup>.

- proferiu na *Pound Conference* em 1976 (CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputa. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas tendências do processo civil* – Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III, p. 202).
5. Ver também a referência em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígio complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes (Coords.). *Justiça Multiportas – Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflito*. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 9, p. 38.
  6. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010. v. II, p. 183-200.
  7. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. colocam essa ideia do seguinte modo: “A justiça estatal clássica (...) não é mais o único meio adequado para a solução de conflitos. Ao lado dessa justiça de porta única, surgem novas formas de acesso: a justiça se torna uma justiça multiportas. Nessa nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*...”. E arrematam com a doutrina de Paula Costa e Silva: “A doutrina reafirma esta mudança (...): ‘o direito de acesso ao Direito (...) vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais [...]’” (Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, v. 9, p. 38). A propósito do objeto de trabalho da Justiça e da sua dimensão, Carnelutti afirmou que o conceito de lide é “metagiurídico” (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. In: *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958. p. 55). De igual forma, para Piero Calamandrei: “E torno perciò al punto di partenza: si può dire che la lite, individuata nei tre suddetti elementi (*parti, bene, interessi*) e così nettamente purificata da ogni riferimento alla tutela giuridica pretesa dalle parti, costituisca l’oggetto immediato della funzione giurisdizionale? Si può dire che bastino quei tre suddetti elementi a circoscrivere il campo della attività intellettuale del giudice, a delimitare il tema della sua decisione? A questa domanda credo che risponderebbe di no lo stesso Carnelutti: la lite così concepita



As ideias(-primas) que subjazem a esse texto são, particularmente: a) a concepção de um modelo de justiça adjudicada (aqui no limite da Justiça estatal) mais *eficiente*; b) um novo contexto jurídico-social, que venha a reclamar refletir sobre novas, outras e múltiplas formas de prestar(/entregar) justiça, sobretudo os que não sejam por intermédio do Poder Judiciário, encontrando-se, assim, um formato mais *adequado* à solução de cada espécie particular de litígio; e c) o papel, contributivo, que possa exercer a conciliação sobre ambos.

Para tanto, desenvolver-se-á essa tarefa em três etapas, sendo a primeira histórica, na qual se dedica a percorrer, ainda que panoramicamente, os principais instrumentos legislativos voltados à regulação do direito processual civil brasileiro: a) volta-se ao passado, do período colonial ao presente, conferindo, a cada passagem, um enfoque mais atento à colocação e ao papel da conciliação; b) o segundo momento será dedicado à promoção de uma síntese crítica, entre passado e presente, considerando, nos tempos atuais, o contributo das reflexões que identificaram a incapacidade do Poder Judiciário para a solução de todo e qualquer conflito, conclusão a partir da qual florescem as ideias de múltiplas outras alternativas; e c) por fim, a partir das reflexões sobre a *adequação e contribuição*, ou não, da conciliação no modelo presente, aventura-se a, conclusivamente, oferecer uma modesta proposição, que, conquanto não se possa dizer seja historicamente inovadora, pode submeter-se às evoluções que ofertam a todos os estudos dedicados à assim designada Justiça Multiportas.

---

è infatti non soltanto separata dal processo, in quanto esiste prima e all'infuori di esso, ma addirittura *indifferente per il processo*, in quanto le manca quel riferimento alla tutela giuridica degli interessi in contrasto della quale il processo è appunto lo strumento. Finchè la lite si presenta come individuata nei soli tre elementi differenziali che il C. enumera, essa appartiene al mondo sociologico, non al mondo giuridico: essa potrà essere composta da un paciere che si interponga tra le parti senza bisogno che queste invochino una precisa tutela giuridica dei rispettivi loro interessi, ma non entra in quell'ordine di fenomeni al quale si limita il campo visivo del giudice." (CALAMANDREI, Piero. In.: Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. V, parte I, anno, 1928, pp. 89-98, Padova: Cedam, p. 92-93. Grifos do original.)

8. Kazuo Watanabe explicita que, para isso, faz-se necessário transformar o atual formato da "cultura da sentença" em "cultura de pacificação", preparando os futuros profissionais do direito não somente para a solução contenciosa de conflitos de interesse, mas também para a solução amigável, pelos meios consensuais de solução de controvérsia (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflito*. Salvador: JusPodivm, 2022. v. 9, p. 43.



## 2. PERÍODOS HISTÓRICOS

### 2.1. Código philippino

Durante o período colonial, a legislação portuguesa, de matriz romanista<sup>9</sup> e influência canônica<sup>10-11</sup>, foi a principal fonte do Direito no Brasil.

Portugal, por um longo período de sua história, teve o seu sistema jurídico legalmente regulado por um conjunto de códigos legais, designados de Ordenações dos Senhores Reis D. Afonso V<sup>12</sup> e D. Manuel<sup>13</sup> e as Ordenações e Leis do Reino de Portugal ou Código Philippino<sup>14</sup>, conhecidos, no Brasil, mais comumente, como Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

As Ordenações Afonsinas, ou Ordenações de Afonso II, rei de Portugal (1211-1223), foram compiladas no século XII, tendo-se dedicado, em grande parte, a traçar o disciplinamento do sistema de Justiça do reino, com disposição das funções ou cargos e suas atribuições.

De modo bastante semelhante, as Ordenações de Manuel I, rei de Portugal (1495-1521), foram compiladas no século XVI e representaram uma atualização e expansão das Ordenações Afonsinas, que lhe antecederam.

9. René Davi destaca a importância e a influência determinante da compilação do rei de Castela, Afonso X, o Sábio, *Las Siete Partidas*, de 1265, na romanização das regras do direito português (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 57).
10. As Ordenações Philippinas, no Livro III, Título LXIV – “Como se julgarão os casos, que não forem determinados por as Ordenações” –, continua a seguinte passagem: “E quando o caso, de que se trata não fôr determinado por Lei, stylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado sendo materia, que traga pecado, per os sagrados Canones.
11. A influência do Direito romano e do direito canônico sobre o direito português também pode ser vista em passagem das Ordenações Philippinas que impunham a observância às opiniões dos pós-glosadores Acúrsio, Bartolo e a *communis opinio doctorum*, consoante se pode ler nesta transcrição: “E se o caso, de que se trata em pratica, não fôr determinado por Lei de nossos Reinos, stylo, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartolo, por que sua opinião commumente he mais conforme á razão, sem embargos que alguns Doutores tivessem o contrario (2); salvo, se a comum opinião dos Doutores (1), que depois delle sereveram, fôr contraria (2).” (Ordenação Philippinas, Título LXIV, 1.)
12. Disponível em: [<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>]. Acesso em: 08.04.2023.
13. Disponível em: [<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>]. Acesso em: 08.04.2023.
14. Disponível em: [<https://senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>]. Acesso em: 08.04.2023.

As Ordenações Filipinas foram compiladas no final do século XVI (sancionada em 1595 e impressa no ano de 1603), durante o reinado do rei Filipe II de Portugal (1581-1598), também rei da Espanha. Ela promoveu a tentativa de unificação das leis de Portugal e Espanha, uma vez que Portugal sujeitava-se ao domínio espanhol. Muitos elementos do direito espanhol foram aplicados em Portugal até o século XIX.

No Brasil, o Código Filipino teve vigência durante largo período, de modo a compreender desde o Brasil Colônia, passando pelo Brasil Império, a partir de 1822, com a Proclamação da Independência, chegando a vigor, ainda, no período republicado (depois de 1889); vindo a ser, contudo, durante esses dois últimos períodos políticos do Estado brasileiro, paulatinamente revogado, iniciando pela Constituição Imperial de 1824, que, por exemplo, aboliu, em seu artigo 179, inciso XIX, as penas cruéis, previstas nas Ordenações<sup>15</sup>; posteriormente pelo Código Criminal e Processual do Império, respectivamente de 1830 e 1832 – havendo, neste último, disciplinamento pertinente ao direito processual civil; e, na sequência, pelo Código Comercial, instituído pela Lei 556/1850, e o seus respectivos Regulamentos, o Decreto 737/1850, que cuidou da parte processual das causas comerciais, e o Decreto 738/1850, responsável por disciplinar os Tribunais do Comércio; até, por fim, sobrevir o Código Civil de 1916, cujo artigo 1.807 cuidou de revogá-lo inteiramente.

Desse panorama (conquanto incompleto, dado os limites do trabalho), revela-se importante destacar a norma de conteúdo conciliatório contida naquela histórica legislação, abrindo-se espaço para o exame do seu formato e possível aplicação no cotidiano forense da época, ainda que, no plano hermenêutico, limite-se aos seus elementos textuais.

Sendo assim, é possível extrair do Título XX do Livro III da Ordenações, dedicado ao tratamento “Da ordem do Juízo nos feitos cíveis”, norma que alude ao procedimento conciliatório, moldada que foi nos seguintes e estritos termos:

“1. E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os odios e dissensões, se devem concordar (5), e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da

- 
15. Exemplo de previsão de pena cruel pode ser visto no crime de “Lesá Majestade” previsto no Título VI do Livro V, das Ordenações Phillipinas, assim sancionado: “9. E em todos estes casos, e cada hum delles he propriamente commettido crime de lesa Magestade, e havido por traidor o que os commetter. E sendo o commettedor convencido por cada hum deles, será condenado que morra morte natural cruelmente (2); e todos os seus bens (3), que tiver ao tempo da condenação serão confiscados para a Corôa do Reino, posto que tenha filhos, ou outros alguns descendentes, ou ascendentes, havidos antes, ou depois de ter commettido, tal maleficio.”

causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de deduzirem as partes à concórdia, não he de necessidade, mas sómente de honestidade (6) nos casos, em que o bem podérem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes (7), quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar.”

A expressão literal da norma indica a presença do procedimento de conciliação muito antes das disciplinas processuais particulares e nacionais, sinalizando que o elemento conciliatório se inspirava nos Direitos Romano e Canônico.

A curiosidade da norma, no que transcende à dimensão jurídica, e que parece importante destacar, está na sua expressão, naquilo que remete aos *sentimentos*, quando se refere aos *ódios* e às *dissensões*, presentes, de modo comum, no plano individual dos conflitos de interesse e que, por conseguinte, refletem no plano social e no do processo, mas que, por meio deste (o processo), nem sempre encontra a devida solução e apaziguamento em uma dimensão mais ampla, situada além de suas próprias fronteiras.

Quis-se conferir destaque a esta passagem porque servirá à reflexão crítica, quando se dedicará espaço à ponderação sobre o momento mais *adequado* para o posicionamento da conciliação, questionando se é mesmo no interior do processo, quando já deflagrado o primeiro ataque contido na articulação inicial (?).

De todo modo, é possível, no caso, ao primeiro olhar, constatar duas particularidades procedimentais – que se alternam ao longo do desenvolvimento da história das normas de processo –, sendo a primeira pertinente ao momento da conciliação, que, naquele tempo, dava-se quando já iniciada a demanda, tanto que a norma indica deva o próprio Juiz propô-la “no começo da demanda”, pretendendo, com isso, evitar maiores danos, fosse no plano do dissenso ou no das economias pessoais. O segundo destaque do procedimento conciliatório remonta à obrigatoriedade, ou não, de sua proposição, já que a norma, de forma dúbia, indica não seja “de necessidade”, mas sim “de honestidade” instar as partes à concórdia. O texto, parece, possui uma dimensão que extravasa o plano do *dever-ser*<sup>16</sup> para tangenciar o plano ético, o que, de algum modo, provoca certa dúvida ao intérprete. Mas as normas, assim como a história, devem ser lidas no contexto do seu tempo, e as Ordenações de

---

16. Empregado conforme a significação que lhe empresta Hans Kelsen: “Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.” (*Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 5.)

Portugal, como já anotado, tinham fortes ligações com o Direito Romano e Canônico, cujos preceitos sofrem influência ética e moral mercê da inspiração Cristã<sup>17</sup>, de sorte que se inclina por ler a disposição como imperativa.

Com esses dois apontamentos, breves, tem-se o bastante para prosseguir, avançando, já agora, para o segundo momento, que sobreveio com a Independência do Brasil, em 1822, e a produção da primeira Constituição do Império, datada de 1824.

## 2.2. Constituição Imperial (1824)

A Constituição do Império trouxe, em seu corpo, norma que pode ser tida como de natureza processual – muito embora, diferentemente das Ordenações do Reino, posicionada antes mesmo do início de qualquer demanda –, referente à conciliação, exigindo fosse tentada como etapa prévia à inauguração do processo.

A norma possuía o seguinte texto:

“Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, *não se começará Processo* algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.”

Diferentemente do regime que lhe antecedeu, a Constituição Imperial implementou o regime da *conciliação prévia*, como condição para o início do processo, na medida em que impôs a *obrigatoriedade* de sua realização.

---

17. Franz Wieacker anota: “Os primórdios dos ordenamentos jurídicos europeus encontram-se nas formas básicas de vida das sociedades romano-germânicas da alta Idade Média e nos três grandes poderes ordenadores que a antiguidade tardia tinha deixado: os restos da organização do império romano do ocidente, a igreja romana e a tradição escolar da antiguidade tardia [...]. Talvez de forma mais profunda, fez-se sentir a influência da igreja ocidental. Pelo mesmo desde Constantino, ela tinha assumido muitas das tarefas públicas, sociais e morais do antigo império. Depois do colapso deste, ela substituiu como um abrigo para as populações romanas e, para os germanos, como algo aceite, na maior parte dos casos, desde cedo e voluntariamente. (...). Mas, ao mesmo tempo, a cristandade fixou desde o início o conceito de direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito – que arrancava da consciência vital espontânea – continuou a ser a ética social, e na medida em que toda a ética europeia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas estavam pouco conscientes desta relação.” (*História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 15-18.)

Inclusive, José Antônio Pimenta Bueno, escrevendo à época, promoveu algumas anotações sobre a interpretação contemporânea, indicando, no primeiro momento, as razões (e importância) da regra jurídica, que se destinava a evitar uma demanda e revelava-se conveniente tanto numa dimensão de interesse particular das partes quanto na de ordem pública, considerando o que chamou de “harmonia dos cidadãos”. Demais disso, adiciona comentário sobre as consequências jurídicas decorrentes da inobservância do procedimento, que, segundo interpretou o autor, conduzia à nulidade do processo<sup>18</sup>.

A regulamentação das disposições constitucionais ficou sob os auspícios da Lei de 15 de outubro de 1827, em cujo artigo 5º disciplinava a atribuição reservada ao juiz de paz, como detalhamento à disposição constante do artigo 162 da Constituição, no qual se lhe impunha a tarefa de “conciliar as partes que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos que estiverem ao seu alcance” (grifos do autor)<sup>19</sup>, sendo o resultado reduzido a termo<sup>20</sup>.

A evolução, portanto, implementada pelo novo regime constitucional, tem sede, em maior medida, na antecedência da conciliação ao processo e na criação de um órgão com atribuição específica para a realização do encargo<sup>21</sup>. Mas a legislação processual propriamente dita ainda não se aperfeiçoou por completo quando da outorga da Constituição do Império. Levaria quase dez anos para que sobreviesse; e sucederia de forma incompleta, pois restrita, em larga escala, aos feitos criminais, reservando, aos cíveis, apenas as suas disposições finais.

- 
18. BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sôbre as formalidades do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858. p. 55.
  19. Art. 5º Ao Juiz de Paz compete: § 1º Conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance: mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por impedimento da parte, provado tal, que a impossibilite de comparecer pessoalmente e sendo outrosim o procurador munido de poderes illimitados. (Disponível em: [[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM.-15-10-1827.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Em%20que%20cada,nova%20divis%C3%A3o%20estatistica%20do%20Imprio](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-15-10-1827.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%20Em%20que%20cada,nova%20divis%C3%A3o%20estatistica%20do%20Imprio)]. Consultado em: 11.04/2023. Acesso em: 08.04.2023.)
  20. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve noticia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño. In: *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 95.
  21. Destaque-se que a Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 151, previa que a composição do Poder Judiciário era integrada por juizes e jurados, não prevendo, portanto, em seus quadros, a presença dos juizes de paz. A título de curiosidade, faça-se constar que o Poder Judiciário ainda era composto por um Tribunal de segundo grau, designado de Relação, e um tribunal de sobreposição, denominado de Supremo Tribunal de Justiça (art. 163), cuja composição era retirada das Relações por critério de antiguidade.

### 2.3. Código de Processo Criminal do Império (1832)

Moacyr Lobo da Costa, em obra que dedica à historicidade do direito processual civil brasileiro, sinaliza que o início da independência deste ramo somente se consagrou com a Lei de 29 de novembro de 1832<sup>22</sup>, responsável pela criação do Código de Processo Criminal do Império, em cujas disposições provisórias tratou da Administração da Justiça Civil, reservando-lhe, entretanto, apenas 27 artigos.

Já no artigo 1º da Disposição Provisória do Código de Processo Criminal do Império, o assunto da conciliação era tratado, e mantinha conformidade com a Constituição Imperial, reservando o seu direcionamento ao juiz de paz do local onde o réu fosse encontrado. A matéria da conciliação detinha tamanho relevo que, dos 27 artigos reservados a toda disciplina civil, seis deles eram dedicados à conciliação, tendo sido ainda posicionados na primeira parte do diploma normativo.

As normas do novo disciplinamento não tiveram o condão de revogar inteiramente as disposições das Ordenações do Reino então vigentes, e isso porque não exauriu toda a matéria, reclamando complemento, fosse da Constituição Imperial, sobretudo na parte em que reservava à organização do Poder Judiciário, com algumas de suas competências, em particular a do Supremo Tribunal de Justiça; fosse das Ordenações, o que se vem a revelar a partir de sua passagem final, na qual se limitou a revogar as *disposições em contrário* do Código Filipino.

No que particularmente tocava à conciliação, o regramento manteve-se alinhado à Constituição Imperial, prevendo a obrigatoriedade do procedimento prévio à instauração do processo. Curioso é que havia a previsão de uma citação para o comparecimento perante o juiz de paz e de revelia caso o futuro demandado, já então designado de “réu”, não viesse a atender ao chamamento. De todo modo, o ato de citação era renovado, em atividade inteiramente nova, caso a conciliação resultasse, enfim, frustrada.

### 2.4. Código Comercial e o Regulamento 737 de 1850

Mesmo depois do Código de Processo Criminal do Império, de 1832, outras legislações sobrevieram, a exemplo da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, cuja conciliação não é tratada em seu corpo, mas veio a sê-lo em norma destinada a regulamentá-la, veiculada pelo Decreto 143, de 15 de março de 1842. Mas o ponto de maior destaque adveio com a edição do Código Comercial, instituído pela Lei 556,

---

22. COSTA, Moacyr Lobo. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Ed. RT/Editora da Universidade de São Paulo, 1970. p. 6.

de 25 de junho de 1850, em cujo Título Único, posicionado ao final, tratou, no Capítulo I, Dos Tribunais e Juízo Comerciais e, no Capítulo II, Da Ordem do Juízo nas Causas Comerciais.

A norma do artigo 23, inserida nesse último Capítulo, dispensava a conciliação nas causas comerciais que tivessem origem em créditos comerciais endossados, provocando, com isso, a primeira alteração substancial na disciplina reinante à época para os feitos pertencentes ao ramo geral do processo civil, que era, como vimos, a Disposição Provisória do Código de Processo Criminal do Império, ainda quando o recorte tenha sido feito naquilo que compreendia apenas o universo das causas comerciais; e ainda dentro dessas, com as limitações que impôs à norma.

A dúvida jurídica, na espécie, fica por conta da conformidade, ou não, dessa disposição, restritiva da conciliação, com o comando da Constituição do Império, ainda vigente ao tempo da edição do Código Comercial. Mas, por outro lado, ao que sugere o texto, sinaliza uma impropriedade (ou inadequação) do procedimento conciliatório prévio e obrigatório para determinadas causas, o que haveria sido percebido pelo legislador da época.

As regulamentações do Código Comercial, com efeito, ficaram sob o encargo dos Decretos 737 e 738, de 25 de novembro de 1850, sendo o primeiro deles responsável pelo tratamento processual das causas atinentes ao comércio, e o segundo, pelo regulamento dos “Tribunaes do Commercio”.

O disciplinamento daquela primeira regulamentação é de extrema importância para a história e para o desenvolvimento do direito processual civil brasileiro, na medida em que representou ser, na prática, o primeiro Código de Processo Civil<sup>23</sup>, mas cuja abrangência, para todas as causas civis, somente se daria 40 anos depois, no ano de 1890; vindo, ainda, no futuro, a refletir nas composições dos Códigos Estaduais, com a instituição da Federação pela Constituição da República de 1891, e, em alguma dimensão, também no Código de Processo Civil de 1939.

Dentro dos limites de investigação deste artigo, importa destacar o capítulo que reservou à conciliação, encartado a partir do artigo 23 do Regulamento, que se manteve, em boa medida, conforme com a Constituição, que, recorde-se, exigia a conciliação prévia e obrigatória, muito embora tenha, nos limites e nos termos do Código Comercial, a que se destinou a conferir regulamentação, promovido algumas exceções.

---

23. Nesse sentido também, Ada Pellegrini Grinover (in: *Deformalização do processo e de-formalização das controvérsias. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97, p. 192, jan.-mar. 1998).



## 2.5. A Proclamação da República e alguns de seus reflexos na disciplina processual civil (1889)

A Proclamação da República (ou Golpe Republicano, como também é conhecido historicamente), de 15 de novembro de 1889, instituiu o governo provisório chefiado por Deodoro da Fonseca, que, entre as medidas dos primeiros meses, editou o Decreto 359, de 26 de abril de 1890, dedicado, exclusivamente, à conciliação, porém, com o propósito de excluí-la do sistema jurídico, em contrariedade ao regime constitucional imperial, que veio a ser rompido com a revolução vitoriosa (o que, inclusive, tem reflexo no plano do controle de constitucionalidade e do que passa a ser o seu parâmetro)<sup>24</sup>.

O artigo 1º do Decreto 359/1890, continha a seguinte redação:

“Art. 1º E’ abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou proseguirem as acções, civeis e commerciaes, salva ás partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo a causa, em qualquer estado e instancia, por desistencia, confissão ou transacção, nos casos em que for admissivel e mediante escriptura publica, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juizo arbitral.”

O segundo movimento do Governo Provisório, que interessa e merece destaque, porque certamente representa um dos marcos mais importantes para a nacionalização do direito processual civil, foi a edição do Decreto 763, de 19 de setembro de 1890, responsável por determinar a aplicação do Regulamento 737/1850 para todas as causas cíveis<sup>25</sup>, generalizando, assim, a sua aplicação, transmudando-o, na realidade, no próprio Código de Processo Civil.

Convém, diante da sobrevivência do Decreto 763/1890, apontar possível contradição entre este e o Decreto 359/1890, na medida em que o Capítulo I do Título II do Regulamento 737/1850 foi destinado a tratar, especificamente, da conciliação, abolida que foi pelo último Decreto referido. É de se questionar, portanto, se o

---

24. A expressão “revolução vitoriosa” é empregada por Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmiento, que a atribui, como exemplo paradigmático, à Revolução Francesa de 1789, seguida pela Constituição da França de 1791. No caso brasileiro, anota que, “[...] as Constituições de 1891 e 1934 são as que mais se aproximam do modelo da ‘revolução vitoriosa’, na medida em que forneceram o arcabouço jurídico para o Estado, após, respectivamente, a Proclamação da República, em 1889, e a Revolução de 1930, que representaram rupturas com os regimes políticos anteriores”. (in: *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 268.)

25. GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 192, jan.-mar. 1998.

Decreto 763/1890 teria revigorado a conciliação, uma vez que não dispôs, em seu corpo, de qualquer ressalva, mesmo nas exceções que pontuou no seu artigo 1º, as quais não apanharam o capítulo pertinente à conciliação.

Outro ponto a se anotar diz com a manutenção, mesmo depois dessa determinação de abrangência da legislação processual comercial ao plano civil, de alguma legislação do reino, na medida em que, contida nas Ordenações Filipinas, havia leis especiais, tendo, nesse particular, o parágrafo único do artigo 1º do Decreto 763/1890 ressaltado as disposições legais que tratasse de processos especiais; sendo, ainda, relevante destacar, nesse contexto, a ponderação de João Monteiro sobre a aplicação do artigo 115 do Regulamento 737/1850 inteiramente às causas cíveis, por sua imposição de retirada do réu originário nas hipóteses de chamamento à autoria, propugnando, assim, mantivesse-se vigente a normatização das Ordenações, em seu Livro III, Título 45, parágrafos 6º a 9º, na qual se conferia ao autor a possibilidade de escolha de manter-se litigando contra o réu originário<sup>26</sup>.

Ainda, no mesmo ano (1890), sobreveio a edição do Decreto 848, de 11 de outubro, responsável pela normatização da Justiça Federal no país. Também, nesse diploma, não se identifica disciplina reservada em particular à conciliação, muito embora, no seu artigo 119, posicionado nos primeiros passos do capítulo voltado ao tratamento da “acção ordinária”, previsse a designação de uma audiência inicial, na qual o autor deveria oferecer a sua petição inicial.

O objetivo da audiência parece, com olhar atual, muito estreito, embora compreenda-se que aqueles elementos iniciais da demanda resultaram divididos em duas etapas, sendo a primeira composta por uma “simples petição” (*vide* artigo 118), responsável pelo início do trâmite procedimental, e a segunda, em que se havia de minudenciar a causa de pedir e a pretensão propriamente dita, que somente seria apresentada ao ensejo da audiência inaugural. O modelo é o mesmo dos artigos 66 e 68 do Regulamento 737/1890, o qual explica João Monteiro:

“Feita a citação por qualquer dos modos referidos na secção anterior, deve o auctor comparecer na audiência para a qual fez citar o réo (1), e nella acusar a citação (2). Deste momento é que se diz ajuizada a acção (3). [...] Na audiência que se refere o § 93, acusará o auctor a citação feita, e offerecendo, com a petição inicial [...], o libelo [...], os documentos que forem essenciaes á acção, assinará ao réo o termo de dez dias para a defesa.”<sup>27</sup>

26. ALMEIDA JR., João Monteiro. *A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense*. São Paulo: Siqueira, Nagel e Cia., 1915. p. 55.

27. MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936. v. II, p. 298 e 306.

O processo, vê-se, tem, historicamente, uma carga formal bastante acentuada. Daí surge a indagação, seja no contexto da Justiça Federal, quando cabível, diante do recorte de sua competência, seja no do procedimento ordinário, se havia espaço, naquele contato inicial das partes e inaugural para o processo – não mais prévio –, para a conciliação.

Posteriormente à introdução da Justiça Federal dentro do quadro do Poder Judiciário nacional, o evento mais relevante foi a publicação da primeira Constituição da República do Brasil, tratada no tópico seguinte.

## 2.6. A primeira Constituição da República (1891)

A Constituição da República de 1891 não repetiu os passos da Constituição Imperial de 1824 em relação ao tratamento da conciliação, omitindo-se em relação à conciliação e à previsão do cargo de juízes de paz.

Importante, no contexto dessa Constituição, é o seu tratamento em relação à competência para legislar sobre matéria processual, tendo prevalecido, na Assembleia Constituinte Republicana, a posição de Campos Salles de atribuir aos Estados-membros da Federação a competência para legislar sobre direito processual, muito embora a disposição reservasse à União a competência para o disciplinamento das matérias pertinentes ao direito civil, comercial e criminal (cf. art. 34, n. 22)<sup>28</sup>.

Ruy Barbosa, já no prelúdio da primeira Constituição da República, manifestou a sua contrariedade ao paradoxo de se unificar o direito material e pulverizar o direito formal (como designa o direito processual). Diz o jurista: “O princípio da unidade, que a Constituição impõe ao Código Civil, Criminal e Mercantil do paiz, collide com o da multiplicidade, que estabeleceu para as leis do processo e a organização da justiça.” Anota, ainda, que, no Direito norte-americano, em que “cada Estado é senhor do seu direito substantivo, nada mais logico do que ser ele, outrossim, quem disponha do seu direito processual [...]”. Diante dessa crítica, encerra com proposta de reforma da novel Constituição<sup>29</sup>.

Os Estados-membros, não obstante os ditames constitucionais, não elaboraram prontamente os seus próprios Códigos de Processo, mantendo-se, por isso,

28. COSTA, Moacyr Lobo. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Ed. RT/Editora da Universidade de São Paulo, 1970. p. 31; GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 192, jan.-mar. 1998.

29. BARBOSA, Ruy. *Commentarios á Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. v. II, p. 401-402.

enquanto legislação regente da disciplina de processo, e por dilatado período, o Regulamento 737/1890, cuja vigência perdurou, para alguns Estados, até o ano de 1940, quando, então, entrou em vigor o primeiro Código de Processo Civil nacional. Mas mesmo os Estados que se dispuseram a editar as suas próprias legislações mantiveram, em suas vigas mestras, o Regulamento<sup>30</sup>.

Editaram-no, cronologicamente, os seguintes Estados: Pará (1904), Rio Grande do Sul (1908), Maranhão (1909), Bahia (1915), Espírito Santo (1915), Rio de Janeiro (1919), Paraná (1922), Piauí (1920), Sergipe (1920), Ceará (1921), Minas Gerais (1922), Rio Grande do Norte (1922), Pernambuco (1924), Distrito Federal (1924), Mato Grosso (1928), Santa Catarina (1928), São Paulo (1930) e Paraíba (1930)<sup>31</sup>.

A vigência do Regulamento 737/1890 e a sua influência sobre as legislações estaduais, com o recorte promovido pelo Decreto 359/1890, mantiveram a linha da ausência de obrigatoriedade da conciliação prévia. Apesar disso, vários Estados-membros, diante da distribuição da competência para legislar sobre processo conferida pela Constituição da República, mantiveram um propósito conciliatório em suas próprias legislações, tendo-o feito, porém, em caráter facultativo; são exemplos disso a Lei de Organização Judicial da Bahia, de 1915, em seu artigo 36, § 2º, e o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo, de 1930, nos artigos 368 a 371, compreendidos no Capítulo I do Livro III – Dos Processos Preparatórios, Preventivos e Incidentes<sup>32</sup>.

A obrigatoriedade da conciliação retorna ao sistema processual, antes da codificação nacional, apenas em 1932, mas restrita ao processo laboral, que logo se consolidaria como modelo em definitivo<sup>33</sup>.

O passo seguinte, no plano histórico, viria com a edição do CPC de 1939.

## 2.7. O Código de Processo Civil de 1939

O Código de Processo Civil de 1939 é a primeira legislação nacional a tratar, de modo unificado<sup>34</sup> e inaugural, sobre toda a disciplina processual civil do país,

---

30. COSTA, Moacyr Lobo. Op. cit., p. 31.

31. O Distrito Federal e o Espírito Santo editaram códigos anteriores que não chegaram a entrar em vigor, respectivamente nos anos de 1910 e 1914.

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño. *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 95.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 96.

34. Ada Pellegrini Grinover designa-o de “código de processo civil unitário de 1939” (Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 192, jan.-mar. 1998).

posteriormente à reunificação da competência legislativa instituída pela Constituição de 1934 (artigo 5º, XIX, *a*) e mantida na Constituição de 1937 (artigo 16, XVI).

O Código, porém, não ignorou nem revogou legislações processuais particulares que tivessem sido editadas anteriormente a sua entrada em vigor, sendo expresso em seu artigo 1º ao indicar que: “O processo civil e comercial, em todo o território brasileiro, rege-se por este Código, salvo o dos feitos por ele não regulados, que constituam objeto de lei especial.”

Da sua estruturação, de modo geral, cabe destacar a previsão breve de um procedimento ordinário (Livro III) seguido de uma série de procedimentos especiais (Livro IV), o que, inclusive, ao longo do desenvolvimento da ciência do processo, foi objeto de diversas críticas, as quais, com o passar dos anos, acabaram por estimular a revisão daquele modelo legislativo, desembocando no estreitamento que conferiu a atual codificação àqueles procedimentos especializados.

Já quanto à conciliação, o Código de 1939 não dedicou qualquer tratamento, seja como fase antecedente ao processo, seja como fase interna, durante o trâmite da demanda. Barbosa Moreira percebe essa sua característica e comenta que a conciliação, no processo civil, somente veio a ser restabelecida com a Lei 968, de 10 dezembro de 1949, cujo tratamento destinava-se, em particular, às ações de “desquite”<sup>35</sup>.

O cenário se alteraria com a edição do Código de 1973.

## 2.8. O Código de Processo Civil de 1973

Com a edição do Código de Processo Civil de 1973, a conciliação, já em sua redação originária, ganha espaço na legislação processual, tendo sido inserida no momento da realização da audiência de instrução e julgamento; embora a sessão que lhe discipline seja anterior (à da instrução), na dinâmica real do procedimento, ocorria em simultâneo, tanto que, não sendo alcançada, dava-se, incontinenti, início à instrução da causa (artigos 447 e 448).

Outra observação importante é a previsão de que a conciliação seria dirigida pelo próprio juiz da causa, que, de ofício, deveria designar a audiência, nos casos de direitos patrimoniais disponíveis, e propor a conciliação às partes. Barbosa Moreira chega a destacar que, nesse papel de conciliador, poderia o Juiz, inclusive, fazer sugestões conciliatórias: “Incube al órgano judicial intentar la conciliación de las partes (art. 448, inicio), preguntándoles si están dispuestas a resolver amigablemente el

---

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve noticia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño. *Temas de direito processual*. 5ª série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 96.

litigio, proponiendo a una de ellas la solución sugerida por la otra, o sugiriendo él mismo una o más de una solución posible.”<sup>36</sup>

O Código não contém regramento minudente sobre a tarefa conciliatória<sup>37</sup>. Mas, ao longo do tempo, a dimensão da conciliação ganhou mais espaço naquele diploma, tendo sido, inclusive, antecipada no *iter* procedimental, vindo a ser adicionada ao procedimento sumário (designado de sumaríssimo na redação original do artigo 275 e na alteração que lhe impusera a Lei 5.925, de 1º de outubro de 1973) pela Lei 9.245, de 26 de dezembro de 1995, no art. 277; e à fase do despacho saneador, no artigo 331, por meio da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994, já aqui no âmbito do rito do procedimento ordinário, cujo título, posteriormente, passou a ser designado de audiência preliminar, conforme alteração promovida pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002.

A antecipação, em relação à instrução do feito, vai ao encontro das críticas, pertinentes, articuladas por Barbosa Moreira, segundo as quais o posicionamento da conciliação no momento da instrução não parece a opção mais acertada, uma vez que situada já no final do procedimento de primeiro grau, quando a animosidade, diante das etapas processuais antecedentes e dos diversos incidentes superados, possivelmente, se exacerbou, obstaculizando a boa vontade de conciliar; ou, ainda, a parte menos favorecida não terá mais meios de suportar o peso do processo, aceitando um acordo que, em condições normais, não aquiesceria. Em todo caso, ou a conciliação seria pouco provável ou injusta<sup>38</sup>.

Esse aspecto crítico, estando a conciliação posicionada dentro do processo, seja qual for o ponto do procedimento, sempre subsistirá, já que, para a mera propositura da ação, em rigor, contrata-se profissional talhado em evidenciar direitos subjetivos violados, acerca-se de provas, faz-se despesas e elabora-se uma peça de ataque, no corpo da qual se detalha, obrigatoriamente, a ofensa a direito e, eventualmente, o dano causado pela parte contrária, o que, no conjunto, provoca o que Barbosa Moreira designou, para aquelas outras situações, de exacerbação da animosidade, como elemento prejudicial ao intento conciliatório.

Um outro aspecto crítico, não menos relevante, toca à condução do ato pelo próprio juiz da causa, que se vê na delicada situação de promover todos os esforços para lograr alcançar a conciliação entre as partes sem, porém, resvalar para o ambiente da pressão<sup>39</sup>, em que qualquer das partes sintam-se constrangida a aceitar acordo que

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 97.

37. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 97.

38. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 98.

39. “É perigosa e ilícita a postura de alguns juízes que constroem as partes à realização de acordos judiciais. Não é recomendável, aliás, que o juiz da causa exerça as funções de

lhe desagrada<sup>40</sup>. Corre-se, ainda, o risco de, prematuramente, formar-se, no espírito do julgador, um prejulgamento da causa, o que se revelaria inapropriado, tendo sido essa inconveniência denunciada por Pimenta Bueno há mais de um século, quando anotou, ao ensejo de comentar regra da Ordenação do Reino de Portugal que estipulava a conciliação sob a direção do juiz no começo da demanda, que “o julgador que tinha de ser o juiz do feito certamente não eram mais apropriado para essa tentativa, pois que pudera indispor-se em relação á parte recalcitrante, e tornar-se suspeito”<sup>41</sup>.

As reflexões de mais de 40 anos, porém, impulsionariam a legislação processual civil a evoluir.

## 2.9. O Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 representou evidente evolução no tratamento da conciliação em termos processuais, isso, sobretudo, porque não se restringiu a apontá-la como uma das etapas do procedimento, limitando-a ao ambiente processual; ao contrário, expandiu-a para além das fronteiras do processo, com imposições, inclusive, de caráter jurídico-administrativo para a efetivação da conciliação extrajudicial (*vide* artigo 174), na linha do que se propugna com os ADR – *Alternative Dispute Resolution Method*<sup>42-43-44</sup>.

---

mediador ou conciliador.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 1, p. 371.)

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 97.

41. BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858. p. 55.

42. Fernanda Tartuce esclarece que se costuma atribuir à expressão a significação de expedientes “extrajudiciais” ou “não judiciais” destinados à solução de conflitos, muito embora possa alcançar um sentido mais largo, de modo a compreender métodos gerais que sirvam de alternativas aos meios tradicionais. Significativa também é a lição de que o movimento surge fora da seara jurídica, particularmente no âmbito comercial, para a solução negociada dos conflitos, com a intervenção de terceiros, eleitos pelos contendores, apenas quando frustrada a primeira via, o que decorre da ineficiência do Estado na prestação da tutela jurisdicional. A institucionalização vem a se consagrar a partir da década de 70, tendo como marco a Conferência Pound (1976), oportunidade na qual Frank Sander propugnou que as cortes americanas fossem compostas por “várias portas”, algumas das quais conferindo passagem ao processo e outras, às vias alternativas (in: *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 157).

43. Anos depois da Conferência Pound, Derek Bok, presidente de Havard, expôs sua visão sobre a evolução dos métodos de solução de conflito: “Eu acredito que, nas próximas gerações, as maiores oportunidade da sociedade estarão baseadas nas inclinações humanas à colaboração e ao compromisso, e não nas nossas tendências à competição e à rivalidade.



Dedicou, ainda, tratamento aos seus princípios informadores (artigo 166); definiu agentes responsáveis por sua direção, com perfil profissional (artigos 167 e 169); ditou a criação de órgão (no Judiciário) encarregado da pauta da conciliação no plano da administração judiciária (artigo 165); posicionou-a dentro do procedimento, porém, antes da fase de contestação (artigos 334 e 695); permitiu o acordo de natureza processual (artigo 190); entre outras.

Este texto, contudo, não tem o propósito de abordar as diversas facetas da conciliação na legislação processual vigente – tarefa reservada aos manuais da atualidade.

De modo geral, sobre as linhas normativas noticiadas anteriormente, e outras que tocam à conciliação, têm-se-as como alvissareiras, crendo venham a refletir, uma vez que sejam implementadas, no tratamento mais adequado de conflitos sociais (ou ao menos como opção ao contencioso), e, em alguma medida, sobre a própria jurisdição, seja no plano do seu desempenho (sobre o que guardamos reservas, dado os demais outros fatores que influem nesse aspecto) ou da adequação das causas à sua natureza, de órgão decisor. Por isso, a tarefa a que se propõe é a de refletir sobre apenas dois dos aspectos da conciliação no atual Código de Processo Civil: 1. o seu *posicionamento* dentro do processo; e 2. a sua *imperatividade*, o que conduz, de modo mais estreito, ao artigo 334 – e ainda assim, não a toda a sua disciplina normativa.

Diante dessa proposta de recorte cognitivo, noticiar-se-á o desenho normativo-procedimental do dispositivo, para, então, no tópico imediato, exercitar algumas das possíveis variantes críticas, nas quais se refletirá sobre a *adequação* do modelo eleito pelo atual Código de Processo Civil, mormente, na tão almejada perspectiva de jurisdição mais efetiva.

O Código adotou modelo segundo o qual, estando apta a petição inicial (artigo 330, § 1º) e não tendo sido o caso de interceptá-la com julgamento de mérito liminar (artigo 332), o Juiz designará audiência de conciliação ou mediação, que deverá ser conduzida por um conciliador (artigo 334, § 1º) e atentar para a observância

---

Se os advogados não forem os líderes e orientadores dessa cooperação, então eles certamente não estarão no centro das mais criativas experiências sociais de nosso tempo.” (KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004. p. 117.)

44. Curioso relato sobre a Conferência Pound e o papel desempenhado por Frank Sander, inclusive sobre a origem da designação “Multi-Door Courthouse” e a recusa, em parte, à proposta de Sander, é oferecido por Earl Johnson Jr., que pode ser lido em *Dispute Resolution Magazine*, v. 19, n. 1, 2012. Disponível em: [[https://franksander.com/wp-content/uploads/2018/10/DRM\\_Fall12\\_Sander\\_Final.pdf](https://franksander.com/wp-content/uploads/2018/10/DRM_Fall12_Sander_Final.pdf)]. Acesso em: 02.08.2024.

mínima de 30 dias – tomados da resposta do réu, que somente terá início quando da eventual frustração do ato, seja porque não alcançada a conciliação (artigo 335, I), seja porque sequer oportunizado, a exemplo de quando ambas as partes declinam da oportunidade (artigo 335, II, c/c artigo 334, § 4º, I).

De modo objetivo, tem-se, antes mesmo de se estabelecer qualquer dialética processual, uma fase anteposta à contestação, para a qual a norma reservou um espaço de 30 dias, mas que, na realidade do cotidiano forense, é comum expandir-se algo mais, já que o processo é distribuído para alguma vara competente, que deve, se for o caso, examinar a liminar e promover os seus respectivos atos de comunicação, quando, então, remete os autos para os centros judiciários de conciliação (*vide* artigo 165) – já que normalmente não se tem um órgão de conciliação para cada vara judiciária –, sujeitando-se, lá, à pauta do órgão, que reúne processos de diversas varas, devolvendo-o quando tenha sido frustrada a conciliação, momento no qual, enfim, terá início, propriamente, o procedimento contencioso.

A reserva desse espaço no processo consagrar-se-á comumente, mesmo que improvável a conciliação, isso porque o Código exigiu, para que o ato não se realize, uma dupla recusa; o autor deve fazê-lo já na petição inicial; e o réu, em petição avulsa, juntada aos autos com dez dias de antecedência da audiência – cuja designação, por si só, haverá tomado algum tempo da duração do processo.

É, portanto, sobre esse particular aspecto que se propõe a refletir a partir de agora.

### 3. SÍNTESE CRÍTICO-REFLEXIVA-PROPOSITIVA

Viu-se, ainda que rapidamente, que a conciliação, na história do direito processual civil brasileiro, já se apresentou em diversos formatos, ora foi posicionada antes do processo; ora, depois; ora a sua realização foi imperativa; ora, facultativa; ora, sobre ela, omitiu-se a legislação; ora foi expressa. Atualmente, como visto no item precedente, vigora o modelo da obrigatoriedade, ao menos como regra geral, e a sua realização dá-se intraprocessual, posicionando-se como etapa inicial do procedimento.

O propósito, a partir de agora, já tendo percorrido o histórico dos grandes marcos do direito processual civil nacional, é refletir sobre a *adequação* da conciliação no formato atualmente vigente na legislação brasileira. E essa tarefa deve levar em consideração duas de suas características mais relevantes: em primeiro lugar, o seu posicionamento, agora inserido formalmente no processo, passando a funcionar como uma etapa procedimental específica; e, em segundo, a sua condição imperativa, cuja realização revela-se cogente, reservando-se ao espaço da exceção apenas a hipótese de dupla renúncia (cujas críticas não se ignora).

A reflexão, com efeito, deve percorrer alguns pontos importantes, sendo o primeiro relativo a) à abrangência do *objeto da jurisdição*; o segundo b) à *efetividade* da tutela jurisdicional; e o terceiro c) à *adequação* propriamente dita, já aqui numa dimensão de conteúdo do ato, e não de forma, que mais próximo se coloca dos dois outros.

### 3.1. Objeto da jurisdição

O propósito deste primeiro tópico é delimitar o *objeto da jurisdição* no Brasil, segundo os contornos estabelecidos na Constituição da República – mas sem o propósito de aprofundamento, dado os limites e o objetivo deste trabalho –, e, a partir dessa premissa, questionar sobre a pertinência da conciliação enquanto *atividade processual*.

Antepõe-se à dúvida a colocação, pontual, mas imprescindível e de rigor metodológico, de que o *processo* representa o instrumento real (ou concreto, ou material) por meio do qual a atividade jurisdicional se materializa, tendo nascimento a partir do *exercício*, pelo interessado, do *direito de ação*<sup>45-46-47</sup> (demanda<sup>48</sup>) que a todos, indistintamente, confere a Constituição<sup>49-50</sup>

45. Pontes de Miranda coloca que: “A ação *é*, existe, antes de ser exercida pela dedução em juízo e antes, portanto, de qualquer invocação da pretensão à tutela jurídica. Essa diz respeito ao que se estabelece entre o autor e o Estado; aquela é objeto de exame pelo juiz, como um dos elementos da *res in iudicium deducta*.” (MIRANDA, Pontes. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I, p. 48. Grifos do original.)
46. Adere-se, de modo geral, à explicação de Fredie Didier Jr. sobre a *significação do termo ação* – que não nos pareça conflitar com a expressão de Pontes de Miranda, ao contrário, mas evolui em termos de clareza –, quando expõe que: “Direito de ação é o direito fundamental (situação jurídica, portanto). (...) Ação é um ato jurídico. Trata-se do exercício do direito de ação – por isso, pode ser chamado também de *ação exercida*. A ação também é conhecida como *demanda* – termo preferível, para evitar incompreensões.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 1, p. 373. Grifos do original.) Não se tem, por outro lado, a mesma convicção em concordar com a posição de considerar o direito de ação um direito complexo.
47. Nos precisos termos do texto, como *exercício do direito de ação*, ver YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006. p. 15.
48. Termo que parece preferível a Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II, p. 106-107).
49. Convém, sobre essa relação, trazer a precisa lição dos professores Rogério e José Rogério Tucci: “Por sua vez, o cumprimento do *ônus de demandar*, com o *exercício do direito à jurisdição*, dá origem à *formação do processo*, que, em nosso entender, se apresenta como *instrumento, técnico e público, de realização de Justiça, pelos órgãos jurisdicionais*.”

Assim, podemos colocar que a regra, no sistema jurídico brasileiro, é de (amplo) acesso à Justiça, estando esse direito inserido no quadro de direitos fundamentais da Constituição da República de 1988, cujo conteúdo expressa que não se afastará da apreciação do Poder Judiciário qualquer “lesão ou ameaça a direito” (CR/1988, artigo 5º, inciso XXXV).

Além de posicionada no vértice do sistema jurídico, essa dimensão de *acesso à justiça* vem presente em diversos instrumentos normativos internacionais, muitos dos quais o Brasil é signatário, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 (artigo 10); na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em Roma no dia 4 de novembro de 1950 (artigo 6º, 1); no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 16 de dezembro de 1966 (artigo 14, 1); e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (artigo 8º, 1)<sup>51</sup>.

Toca ao Poder Judiciário, como atribuição central, a tarefa de intervir, dizendo o Direito, expressando-o no caso concreto que lhe seja apresentado (cf. princípio dispositivo). Compete-lhe, destarte, revelar a regra jurídica que incidiu e que, por isso, determina, no plano do *dever-ser*, os comportamentos antevistos pelo Direito para determinada e particular situação da vida (real), cujo possível desatendimento conferiu ensejo à *demand*a que chega às barras dos Tribunais (*lato sensu*).

A atribuição que é reservada ao Poder Judiciário – lê-se do texto expresso da Constituição – pode tanto ser posterior à *violação* do Direito (em sentido amplo) quando tem uma dimensão *reparadora* (ou *substitutiva*), quanto pode conter uma dimensão *preventiva*, em que a *vulneração* da ordem jurídica seja antevista, permitindo uma atuação pró-futuro do Poder Judiciário (ao que parte da doutrina denomina de tutela inibitória<sup>52</sup>). A primeira situação seria coberta pela expressão da

---

(TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 14. Grifos do original.)

50. Semelhantemente, também se apresenta a lição de Enrico Redenti: “Nel linguaggio tecnico delle nostre fonti, a cominciare dal codice di procedura civile, si dà più precisamente il nome di processo allo svolgimento pratico concreto di attività intese alla formazione di provvedimenti giurisdizionali.” (REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1995. v. I, p. 97.)

51. TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 11-12.

52. Marinoni explica que: “A tutela inibitória configurando-se como tutela preventiva Visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua

Constituição que se refere à *lesão* e a segunda, à *ameaça*. Portanto, o Judiciário inter-vém para dizer que uma regra (ou norma)<sup>53</sup> jurídica foi descumprida, no passado, tendo, nesse caso, a lesão (ao direito posto, pois que nem sempre terá configuração material) se consumado; ou o faz para indicar que se está na iminência de descum-pri-la, revelando a sua correta *incidência*, cuja correspondente *aplicação* deverá ser, pelas partes envolvidas, observada no futuro.

Parece manter absoluta sintonia com esse encadeamento de ideias, pertinente à tarefa constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, o pensamento de José Ig-nacio Botelho de Mesquita, quando expressa:

“Objeto precípua da atividade do Judiciário é corrigir ou prevenir lesão ou amea-ça a direito. Cabe ao Poder Judiciário a apreciação de lesão que consistam em vio-lação da ordem jurídica e cuja preservação ou correção, por isso mesmo, dependa da apreciação do restabelecimento da ordem jurídica violada.”<sup>54</sup>

Desse modo, pode-se concluir que a tarefa do Poder Judiciário consiste em pôr fim ao conflito, em essência, pelo método da heterocomposição, que haverá de ser imposta por uma autoridade, cuja Constituição, como pacto inicial, tenha-lhe confe-rido o *dever* de fazê-lo, não estando, assim, compreendido, no seu âmbito de atuação ou atividade, qualquer dimensão de propiciar ou mesmo efetivar atividades conciliatórias, com as ressalvas que faça a própria Constituição (artigo 98, I), ou eventual-mente alguma lei esparsa, mas sem prejuízo de que, ainda assim, sob o parâmetro do *objeto da jurisdição*, sua constitucionalidade pudesse vir a ser considerada duvidosa.

Além de vê-la como elemento estranho ao *objeto da jurisdição*<sup>55</sup>, uma outra e última consideração pode ser adicionada à conciliação como forma de solução de

---

prática wicca e não como uma tutela voltada para o passado com uma tradicional tutela ressarcitória.” (*Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 37.)

53. Sobre as expressões texto, regra e norma jurídica, ver trabalho dedicado a estudar a lin-guagem utilizada por Pontes de Miranda, apontando, nela, uma certa aproximação com as expressões trabalhadas por Humberto Ávila em sua obra dedicada aos princípios, par-ticularmente relacionando, entre um e outro, a significação, respectivamente, de regra e norma jurídica (FERREIRA, Lucas Lopes Dória. A(s) (duas) verdade(s) (?) da incidência e do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, p. 420-438, jul.-dez. 2016). Disponível em: [<https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20233/18973>]. Acesso em: 02.05.2023).
54. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. v. 1, p. 293.
55. Couture cataloga a *autocomposición* como forma de solução de conflitos posicionadas ao lado da *autotutela* e do *processo* (este reveladamente instrumento da jurisdição e de

conflito inserida dentro do processo judicializado, no qual as partes perseguem uma resposta e decisão por um órgão imparcial e técnico, que seria uma espécie de fragilização institucional ou debilitação do Direito enquanto conjunto de normas imperativas.

Essa perspectiva é também acentuada por José Ignacio Botelho de Mesquita, cuja expressão do pensamento, porque relevante, merece ser transcrita:

“Essa forma de extinção do processo [refere-se à conciliação] pode, em certos casos, ter suas vantagens. Preferi-la, porém, emprestando-lhe valor maior do que a solução do conflito mediante sentença, pode ter para as partes, e a meu ver tem, um custo institucional muito alto porque transfere para elas a responsabilidade pela solução do litígio. [...]”

A expectativa da parte que se julga lesada pela outra é a de que, recorrendo ao juiz, o Estado lhe dará razão, confirmando sua confiança no império do direito e, reforçando na parte contrária a consciência da responsabilidade pelo cumprimento das próprias obrigações. Essa expectativa se frustra ao ver a parte que o juiz, sem lhe negar razão, insta a que ela abra mão de parte do seu direito em favor daquele que nenhum direito tem.

A preferência estatal pela conciliação constitui um fator de enfraquecimento do direito, enquanto método para a solução dos conflitos intersubjetivos, porque abala confiança no império da lei. Torna desconfiados os homens simples e mais confiados os aventureiros. Para cada processo que se põem fim estimula o nascimento de outros tantos. Abala os alicerces da coesão social.”<sup>56</sup>

O Judiciário é órgão técnico e voltado à solução de conflitos conforme as normas jurídicas dispostas pelo ordenamento jurídico. A conciliação, nesse âmbito de disputa de razões, não encontra espaço *adequado*, sobretudo a considerar que, a partir do momento em que as partes já tenham se acercado do direito que possam ter – sobretudo o autor, prevento de que não vai a juízo com uma aventura jurídica, custosa em múltiplos sentidos –, as suas chances de lograr sucesso diminuem consideravelmente. Por isso, é absolutamente pertinente a observação de Cappelletti

---

garantia das partes) (*Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1969. p. 9-10). De modo semelhante, nesse aspecto, coloca-se Alcalá-Zamora y Castillo, na medida em que posiciona a autocomposição não somente como *meio de concluir o processo* (modelo endoprocessual), mas também como método para a solução de litígios, já que pode ser situada “al margen del proceso” (modelo extrajudicial). (*Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 72).

56. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Op. cit., p. 289-290.



de que: “Conciliação e jurisdição consistem bem assim o mesmo problema da realidade, ou seja, o problema da resolução ou composição das controvérsias, mas resta o fato que os modos e os fins da conciliação são assaz diversos dos modos e fins da função jurisdicional.”<sup>57</sup>

A conciliação não é método *inadequado* de solução de conflitos. E não é essa a ideia defendida. Muito ao contrário, o seu espaço de cabimento (leia-se: *adequação*) é bastante largo, possivelmente maior do que possa abranger o Poder Judiciário – talvez aí outra razão para a sua *inadequação* no âmbito (apenas) do processo –, devendo, inclusive, ser posicionada mais proximamente e ao alcance da sociedade; porém, talvez, como política governamental e anteposta ao início de qualquer processo jurisdicional<sup>58</sup> – e sem prejuízo de sua consagração ocasional e facultativa no processo, porém, sem reserva de fase procedimental específica qualquer.

### 3.2. Efetividade da jurisdição

A efetividade do processo representa questão relacionada com múltiplos fatores<sup>59</sup>, que devem, entre si, para que se obtenha um melhor resultado a partir do processo, convergir.

O propósito deste tópico é tratar dos reflexos diretos e imediatos que a conciliação, posicionada intraproceto e como fase obrigatória, tem sobre a temática

- 
57. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010. v. II, p. 184. Vale destacar a posição de Francesco Carnelutti, que tratou a conciliação como espécie de “equivalentes do processo civil”; onde aponta aspectos comuns com o processo – e.g.: função de *composição* –, e distinções, assim na forma como nos fins (In: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942. p. 77-78).
58. Leonardo Cunha e João Lessa Azevedo dão notícia de que, depois da conhecida *Pound Conference* de 1976, na qual Frank Sander expôs a sua ideia de *comprehensive justice center*: “O Estado passou a reconhecer, incentivar e, às vezes, incorporar os meios alternativos de resolução de disputa no processo judicial, cooperando também com mecanismos externos à sua estrutura, como as câmaras arbitrais. Isso com o objetivo de construir um sistema de justiça mais completo e adequado.” (A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputa. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III, p. 203.)
59. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15.



da efetividade da jurisdição, cujas preocupações e anseios estimularam os estudos da ciência do processo e motivaram as inúmeras reformas legislativas, desde tempos longínquos, como visto, porém, nem sempre com o sucesso imaginado (lentidão, como um dos aspectos da efetividade, tem, muito possivelmente, menos relação com técnica legislativa<sup>60</sup> do que com outros aspectos).

Há uma relação entre aceleração do processo e técnica legislativa. Tende-se, assim, a pensar que, se melhor for o formato da norma que regulamenta o processo, mais efetivo será, por consequência, o modelo processual. Isso não deixa de corresponder à verdade; pois, se não o fosse, tantos esforços não teriam sido dispendidos, ao longo da história, para a melhoria da legislação. Mas, por outro lado, essa não é toda a verdade, e, além disso, talvez nem seja a maior parte do acerto dessa asserção.

Os professores Botelho de Mesquita<sup>61</sup> e Barbosa Moreira<sup>62</sup> perceberam a questão, mas tiveram a cautela de ponderar sobre o seu devido dimensionamento ou peso no que interfere no desempenho do processo, indicando, ambos, que, do outro lado da balança, há um expressivo contrapeso do fator humano, representado pela falta e/ou deficiência dos profissionais responsáveis pela prática das atividades do procedimento. O último destaca que um dos mitos (termo colocado no sentido de crença infundada) da lentidão do processo é atribuí-la a “defeitos da legislação processual [...]”. Diferentemente, considera que “a demora resulta da conjugação de múltiplos fatores, entre os quais não me parece que a lei com todas as imperfeições que tem ocupe o lugar de máximo relevo”. Segue o autor, então, com pertinentes considerações sobre as deficiências humanas e materiais conhecidas de todos os frequentadores dos fóruns.

Adiciona-se ao componente humano, na atualidade, a dimensão da tecnologia, que, se mais ou menos aplicada dentro do sistema de organização administrativa

---

60. Alguns autores empregam, em vez de *técnica*, a palavra *tecnologia*, aliada à legislação (*tecnologia legislativa*), para indicar a ideia de evolução ou aperfeiçoamento da lei que disciplina as regras de processo. Inobstante a sua pertinência e muito boa expressão, inclusive com maior apelo e refinamento que a expressão *técnica legislativa*, preferimos esta ao longo do texto para melhor distinguir de tecnologia-tecnológica ou tecnologia-informática, que também tem seus reflexos sobre o processo e será, portanto, utilizada nesse sentido.

61. José Ignacio Botelho de Mesquita coloca, com precisão, esse ponto, indicando: “Na verdade, só há duas formas de reduzir o tempo necessário para a realização de um trabalho. Uma é aumentar o número de componentes empregados na produção. Outra é o aperfeiçoamento da tecnologia.” (*Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. v. 1, p. 299).

62. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 04.

da Justiça, ou mais ou menos inserida dentro das práticas dos próprios atos processuais, e se de melhor ou pior desenho tecnológico (com melhor aptidão e eficiência para a realização do processo<sup>63</sup> para o qual foi desenvolvido), pode influir, positiva ou negativamente, na dinâmica dos atos processuais – muito embora não adicione ou elimine qualquer etapa do procedimento, interfere na velocidade, maior ou menor, com que os atos possam ser praticados, seja, ainda, com ou sem suporte humano<sup>64</sup>. Mas mesmo sem ignorar nem discordar da precisão das posições e da correção das observações sobre a realidade, considera-se que a conciliação, elevada à posição de ato processual (dentro da atividade jurisdicional) e colocada como etapa obrigatória, desempenha relevante fator na velocidade do procedimento – embora não seja determinante, pois a causa é plural –, eis que provoca um alongamento da cadeia procedimental, isso no plano da norma e mais ainda no da realidade, quando o Judiciário tem(ve/rá) que se aparelhar com centros judiciários de solução de conflitos (CPC, artigo 165), nos quais os processos não aportam diretamente, devendo, antes, ser distribuídos a uma vara (CPC, artigo 284) – para a definição da competência –, que, mediante despacho ou ato do secretariado, redistribui-os aos centros de conciliação, para a realização impositiva, eis que a ausência da parte caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e a dispensa do ato reclama dupla concordância (CPC, artigo 334, § 4º, I, § 5º).

Isso não representa a defesa de que a conciliação haveria de ser proscrita do procedimento judicial. De modo algum. Tem, a tanto, perfeita *adequação* à norma do § 3º do artigo 3º do Código, que estipula deva a conciliação ser estimulada dentro do processo por todos os seus atores, a significar possa ser provocada e possibilitada a sua formalização. Mas a realização como ato próprio exigiria, para além de um momento específico, especialidade de tratamento (o que será abordado no tópico seguinte).

---

63. Expressão empregada no sentido da *tarefa* para a qual foi construída a ferramenta de informática.

64. Imagine-se, para uma simples compreensão, que a tarefa de edição de texto realizada dentro do sistema informacional da Justiça pode ser mais ou menos eficiente a se considerar o número e o grau de dificuldade para se chegar até a execução da atividade propriamente dita e ao seu encerramento. Não é como uma máquina de escrever, que, em toda e qualquer, elétrica ou não, o processo de início dá-se com a inserção do papel e a finalização, com a sua retirada. No ambiente digital, até se ter por inserido o papel, pode-se exigir superar diversas etapas, e a retirada (do papel), pode reclamar o preenchimento de diversos formulários, acabando, tudo isso, a interferir no tempo de cumprimento da tarefa-fim. Assim também se dá com o desenvolvimento de ferramentas que substituam a atividade humana, como as responsáveis por publicações e intimações automatizadas.

Por último, cabe uma breve abordagem sobre a Exposição de Motivos do CPC/2015, no qual se expressou ter tido o modelo atual da conciliação inspiração na legislação alemã, cujo conteúdo foi noticiado a todos por Barbosa Moreira, em artigo que dedicara à reforma do processo civil alemão. De fato, houve, no *Zivilprozessordnung*, na Seção § 278, dedicada à resolução amigável de disputas, negociações e conciliação, substancial alteração, no qual se fez introduzir, dentro do procedimento, a conciliação. Mas o item 2 da Seção indica, se lido na ordem direta, que a audiência de conciliação somente se realizará se não tiver tido, previamente, tentativa de acordo na instância extrajudicial ou, ainda, se, aos olhos do tribunal, a medida pareça ser imprescindível. Além dessa fase extrajudicial, o item 5 prevê a possibilidade de o próprio tribunal remeter o caso a essa via alternativa (certamente, por entendê-la mais *adequada*), o que foi observado por Barbosa Moreira no texto de referência da Exposição de Motivos do CPC/2015, quando indicou que: “Se ao tribunal parecer adequado, caber-lhe-á propor às partes que se submetam a uma mediação extrajudicial, com suspensão do processo. Caso a tentativa de conciliação tenha êxito, o feito se extinguirá por transação.”<sup>65</sup> Contudo, essa passagem, literalmente transcrita, foi suprimida da nota de rodapé responsável pelo apontamento<sup>66</sup>.

### 3.3. Novo contexto social e a necessidade de adequação dos modelos de justiça

Esta última passagem iluminar-se-á numa ideia-base de Mauro Cappelletti, segundo a qual: a) “a justiça tradicional não é idônea<sup>67</sup> para ‘garantir justiça’ em todas aquelas inumeráveis situações”; que se desdobra, já então particularizando, em duas outras restrições: a.1) a de intervenção limitada do Judiciário; e a.2) a de incapacidade de resolver problemas que requerem uma “coexistência” (social) permanente<sup>68</sup>.

65. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. Disponível em: [http://idclb.com.br/revistas/23/revista23%20(7).pdf]. Acesso em: 21.04.2023.

66. Nota de rodapé 21. Disponível em: [https://senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf]. Acesso em: 21.04.2023.

67. Prefere-se defini-la como sendo “incapaz” (em parte): por impropriedade das circunstâncias ao seu objeto de trabalho, pela limitação cognitiva de seus profissionais (incapazes, como todos os seres humanos, de conhecer todas as ciências, porém, destinados a lidar com problemas reservados a diversas delas), pela restrição do contingente humano e escassez de recursos materiais.

68. CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. In: CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2010. v. II, p. 194.

O raciocínio desenvolvido por Cappelletti, ao que parece, apenas aponta a premissa maior, a partir da qual extrai as duas outras particulares, reveladoras da incapacidade do Judiciário de fazer, conforme o seu papel, justiça em todas as situações que lhe sejam apresentadas. Contudo, não explora a estrutura macro, tampouco a primeira das limitações decorrentes daquela. Neste, indica (isso porque não explicita) as múltiplas deficiências de acesso por que passam os mais variados sistemas de justiça. Porém, já no segundo (sub-)plano, explora-o, particularizando a deficiência que tem o Judiciário de resolver problemas surgidos dentro das relações contínuas ou continuadas, que denomina de “coexistenciais”, “duráveis” e “complexas”, que seriam as de *convivências contínuas*, como as que ocorrem em condomínios, escolas, fábricas, hospitais etc.<sup>69</sup> (acrescente-se, a partir da realidade nacional, as relações também familiares e, eventualmente, as sucessórias).

Essas novas estruturas sociais, que a sociologia denomina de *total institutions* ou “instituições integrais”, fazem-se presentes no cotidiano de todos os indivíduos das sociedades modernas, sendo praticamente impossível furta-se delas (ou de todas elas), impondo, portanto, a todos, diversas situações de convivência forçada, contínua e duradoura. Para esses conflitos, a justiça contenciosa não se revelaria o caminho mais *adequado* a ser seguido, reclamando-se, para essas situações, um formato de justiça que, diferentemente da que *define e divide* (*trancher*, na expressão francesa), como o faz, por sua própria natureza, o Judiciário, promova um *mending justice*, permitindo, assim, que as relações continuem sem fraturas, reconstruídas ou restabelecidas que sejam pelo método de solução de conflito *adequado*, mas jamais com um maior agravamento do conflito e do descontentamento, perpetuando um sentimento de injustiça, contribuindo, com isso, para o rompimento definitivo do vínculo, muitas vezes responsável por outros conflitos supervenientes.

Amplie-se o espectro da abordagem de Cappelletti para adicionar – com muita pertinência às relações presentes na *total institutions*, mas sem a elas se restringir – que o Poder Judiciário sofre de uma limitação extrema de distanciamento dos locais de origem do conflito. E a isso não se quer conferir a significação de que se devesse promover o seu agigantamento, eis que é posicionado, devidamente, a meia distância, para tratar de conflitos com algum grau de amadurecimento, e não aqueles que estejam ainda em estágio embrionário. Um exemplo talvez possa deixar mais viva a ideia que se quer expressar. Pense-se num caso em que determinado Policial Militar, jovem e sem constituição de família, residindo sozinho, seja vizinho de um casal de idosos, já sem filhos, aposentados e com hábitos metódicos e conservadores, em tudo conflitantes com o do morador adjacente. Os hábitos daquele,

---

69. CAPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 192.

de festas constantes, som alto, músicas (de cultura) que a estes soam estranhas, carros na calçada e eventualmente até mesmo na porta da garagem; objetos e água lançados por cima do muro, plantas que avancem o limite de fronteira e, ainda, a autoridade ostensiva do cargo que ocupa, vão, pouco a pouco, minando o espírito do casal de senhores, causando-lhes incômodo contínuo e deixando marcas cada vez mais profundas, tornando, a longo prazo, muito difícil, senão impossível, a reabilitação da convivência.

Casos como o desse retrato – comum no cotidiano social e cultural do Brasil, sobretudo nas comunidades, onde a proximidade é maior e superior à dificuldade de resolver o problema com a mudança de endereço (é da cultura do brasileiro sonhar com a “casa própria”) – somente vêm a ter tratamento quando o “doente” (leia-se, a relação) já está em estágio irreversível. Primeiramente, não se soluciona com a intervenção policial (quando há); e não pela posição que ocupa o vizinho, colega de corporação militar, mas porque nem todos os incômodos provocados são da alçada e atribuição da polícia. Semelhantemente, nem tudo também pode ou convém que seja objeto de acionamento na Justiça (fora do contexto, não é comum reclamar-se ao Judiciário porque o vizinho para o carro em frente a calçada de sua casa). Além disso, muitas das condutas, para que confirmem ensejo ao acionamento judicial, reclamam reiteração ou inércia de larga medida. Por fim, o processo contencioso requer a prévia formação de um acervo probatório, seja pessoal, como depoimentos, seja documental, no que se contém algum grau de complexidade na sua formação<sup>70</sup>.

O Judiciário, vê-se, é um local distante, física, mas sobretudo na quadra formal – como se há de exigir de todo processamento, pena de banalizá-lo e, com isso, vulnerar honorabilidades (das partes demandadas). Agora, se, diferente disso, o aparato de conciliação e apoio social ou comunitário se antepusesse ao Poder Judiciário, compondo uma espécie de ação do Estado-administração<sup>71</sup>, fazendo-se presente nos bairros e comunidades (e nas fábricas, condomínios etc.)<sup>72</sup>, será que o conflito

---

70. Ada Pellegrini Grinover produz importante abordagem – mais ampla – sobre o distanciamento entre o Judiciário e seus usuários, apontando que isso pode incentivar uma “litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos ‘justiceiros’)”. (Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 25, n. 97, p. 193, jan.-mar. 1998.)

71. O que se insere no que Ada Pellegrini Grinover denominou de “deformalização da controvérsia” (Op. cit., p. 195 e 206).

72. Cappelletti destaca, com razão, que “o sucesso de tal justiça coexistencial dependerá em larga medida da autoridade do conciliador, uma autoridade que não será jamais aquela

não chegaria ao conciliador menos vincado, passível, portanto, de ser *remendado* (*mend*)? E isso não acabaria por, de certo modo, refletir no Poder Judiciário, funcionando como um filtro *adequado*, evitando-se a banalização das demandas judiciais, reservadas que ficariam às situações mais graves?<sup>73</sup>

Além desse aspecto, alusivo ao posicionamento, físico e formal, do Poder Judiciário, há de se considerar, ainda, que todo e qualquer conflito que desemboca no processo contencioso sofre, necessariamente, uma outra espécie de limitação, que se refere à sua abrangência, de modo a não compreender o conflito total, senão apenas uma parte sua ou um dos seus aspectos, aquele que coube(r) dentro de uma demanda; mas o que ficou de fora, contém ou o gérmen de um novo conflito, ou é, em si, a perpetuação do originário, em uma de suas múltiplas facetas.

Para exemplificar, a solução, no caso antecedente, de uma das lides penais (perturbação ao sossego público ou ameaça, *e.g.*) não resolve os diversos aspectos do direito de vizinhança, e vice-versa, sem falar de outras circunstâncias que se antepõem à incidência de qualquer norma jurídica, não alcançado o *status* de direito subjetivo, mas que poderiam ser apanhadas por algum procedimento conciliativo prévio, máxime se este contasse com algumas especializações profissionais, conforme fosse a espécie de conflito<sup>74</sup>. Isso tudo se aplica, inteiramente, ao plano cível, sendo bastante pensar nos litígios de família, riquíssimos em múltiplos fatores, muitos dos quais

---

oficial do juiz – la *potestas ius dicendi* do Estado –, mas deverá ser uma autoridade *social* – moral, religiosa, cultural, política – a autoridade do amigo, do vizinho, de quem é socialmente legitimado para representar um dado grupo ou comunidade na qual se encontrarão, necessariamente, as formas mais diferenciadas de mediadores ou conciliadores (ou de *ombudsmen*): do *quarteirão*, da *fábrica*, do *hospital*... Não por acaso se fala, dessa feita, em ‘justiça social’ e de ‘cortes sociais’ para contrapor, no ponto, aquelas ‘jurídicas’ ou ‘legais.’” (CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 193-194. Grifos do original.)

73. Leonardo Cunha e João Azevedo, na passagem que dedicam a explicar a “imagem” de Frank Sander de *comprehensive justice center*, anotam que: “Os mecanismos alternativos não precisam necessariamente estar conectados aos tribunais, mas algumas vezes estão.” (A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputa. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Freddie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III, p. 203.)
74. Percebeu o ponto a professora Ada Pellegrini Grinover, cujo raciocínio conclusivo evidencia a sua perspicácia, muito embora com o recorte à *adequação* do método de solução de conflito, e não à totalidade do litígio: “[...] o método contencioso de solução das controvérsias não é o mais apropriado para certos tipos de conflitos, indicando a necessidade de atentar para os problemas sociais que estão à base da litigiosidade, mais do que aos meros sintomas que revelam a existência desses problemas.” (Op. cit., p. 207.)



com sede nos planos psicológico, social e cultural. É comum que a solução da questão demandada, como a guarda dos filhos, não ponha fim ao conflito; ao contrário, perpetue-o, com ações de descumprimento, revisão etc., já que a causa real antepõe-se ao objeto jurídico demandado.

Disso, conclui-se não apenas pela necessidade de especialidades na conciliação, como o apoio, já nessa etapa prematura e prévia ao processo, de profissionais de ramos outros, diversos do direito, a compreender assistentes sociais e psicólogos, engajados na conciliação, mas sobretudo no acompanhamento social (ou comunitário) e familiar, sem perder de vista a importante observação de Cappelletti de que o conciliador deve deter alguma espécie de autoridade ou importância (cuja perda atribui à ineficiência da conciliação na Itália)<sup>75</sup>, o que, coincidentemente, foi apontado por Barbosa Moreira, em abordagem na qual expressou as razões da ineficiência da conciliação do modelo pré-República, extinta pelo Decreto 359/1890, que mantinha relação com as características dos juizes de paz, que seriam “pessoas desprovidas de cultura e sobretudo conhecimento jurídico, sem a qualificação necessária para merecer a confiança das partes”<sup>76</sup>.

O Código de Processo Civil atual, contudo, não é averso, em tudo, a essas reflexões, que se mantêm em absoluta conformidade não apenas com o artigo 3º, § 3º, como, sobretudo, com os artigos 174 e 175, que transcenderam as fronteiras estritas da norma puramente processual e cuidaram de estipular diretriz político-administrativa para os Poderes Executivo de todos os planos no sentido da criação de ambiente propício à conciliação extrajudicial.

#### 4. CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se dar notícia sobre os principais instrumentos legais que disciplinaram o direito processual civil ao longo da história do Brasil, mais particularmente com o recorte, no tempo, promovido do final do período colonial aos tempos atuais, pontuando, ao longo do percurso, quais as principais características da conciliação em cada um dos instrumentos legislativos estudados.

No segundo momento, dedicou-se a refletir sobre a *adequação* do atual modelo de conciliação aos fins a que se destina, máxime o de contribuir para que se tenha um processo jurisdicional contencioso mais efetivo.

---

75. CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 184.

76. No original: “Cabe añadir que los jueces de paz eran, las más de las veces, personas desprovidas de cultura y sobre todo de conocimientos jurídicos, sin la calificación necesaria para merecer la confianza de las partes.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 96.)



Chega-se à conclusão de que a conciliação, obrigatória e imperativa, dentro do processo e sem a especialização de profissionais (sendo toda matéria tratada igualmente), não contribui muito para a sua efetividade: de lograr a autocomposição<sup>77</sup>, tampouco para a do processo, seja porque, formalmente, se lhe acresce uma etapa, seja porque os ânimos, uma vez proposta a ação, normalmente se encontram alterados, seja porque se exigiria, para um melhor resultado autocompositivo, tratamento profissional especializado para algumas espécies de litígio (p. ex.: a conciliação nas causas de consumo não é igual ao mesmo ato realizado nas lides de família), além de se reclamar, eventualmente, um suporte profissional plural, particularmente de áreas como a psicologia e a assistência social.

Por fim, conclui-se que serve a história de ensinamento não só do passado, mas, de forma mais útil, também para o futuro, na medida em que sugere não incidir em passos já revelados malsucedidos. O modelo de hoje, embora com alterações na sua estrutura macro (porque mais larga), já foi, em alguma medida, como visto, vivenciado no passado, tendo a sua superação sido resultado, exatamente, de sua ineficiência, conduzindo, assim, com mais razão, à dúvida sobre o acertamento da escolha do presente.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA JR., João Monteiro. *A uniformidade, a simplicidade e a economia do nosso processo forense*. São Paulo: Siqueira, Nagel e Cia., 1915.
- BARBOSA, Ruy. *Commentariós á Constituição Federal brasileira*. v. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. v. II.
- BUENO, José Antônio Pimenta. *Apontamentos sôbre as formalidades do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1858.
- CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. V, parte I, anno, 1928, pp. 89-98, Padova: Cedam.
- CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Trad. Hermes Zaneti Jr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. v. II.

---

77. Sobre a conciliação, em formato semelhante, anotou Ada Pellegrini Grinover ao tempo do CPC/1973: “Assim, a tentativa de conciliação endoprocessual, obrigatória para as causas que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado e para os litígios relativos à família, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação, tem mostrado escassos resultados, talvez pelo momento procedimental em que é realizada (a audiência de instrução e julgamento, a que as partes já chegam com o ânimo exacerbado pelas atividades postulatórias)” (Op. cit., p. 197.)

- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- COSTA, Moacyr Lobo. *Breve notícia histórica do direito processual civil brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: RT/Editora da Universidade de São Paulo, 1970.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1969.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem. *Revista ANNEP de Direito Processual*, v. 1, n. 1, p. 140-162, jan.-jun. 2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputa. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. v. III. Salvador: JusPodivm, 2014. v. III.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígio complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETTI JR., Hermes (Coords.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflito*. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 9.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.
- FERREIRA, Lucas Lopes Dória. A(s) (duas) verdade(s) (?) da incidência e do processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, p. 420-438, jul.-dez. 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 25, n. 97, p. 192-193, jan.-mar. 1998.
- KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin*. Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

- MESQUITA, José Ignacio Botelho. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve noticia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MONTEIRO, João. *Programa do curso de processo civil*. 5. ed. São Paulo: Typographia Academica, 1936. v. II.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: Ed. RT, 1970. t. I.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. v. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1995. v. I.
- SOUZA, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes (Coords.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflito*. Salvador: JusPodivm, 2022. v. 9.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- YARSHELL, Elávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A audiência de conciliação ou mediação do novo Código de Processo Civil sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, de Tadeu Alves Sena Gomes – *RePro* 321/101-125;
- Mediação e conciliação no Código de Processo Civil, de Celso Anicet Lisboa – *RePro* 301/423-435; e
- O reconhecimento da autonomia do sujeito e transformações do papel do estado na gestão dos litígios no novo Código de Processo Civil: do sistema multiportas à conciliação no novo Código de Processo Civil, de Rosa Maria Freitas, Rafael Alves de Luna e Gabriela Sueli Carneiro de Oliveira – *RePro* 266/519-544.

Use exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

**Homenagens**

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# DISCURSO POR OCASIÃO DA ENTREGA DO TÍTULO DE PROFESSOR EMÉRITO DA PUC-SP

---

**TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR**

Doutor em Direito pela USP e Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität zu Mainz, Alemanha, Professor Emérito das Faculdades de Direito da USP e da PUC-SP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela FADUSP e em Filosofia pela FFLCH da USP. Foi Secretário Executivo do Ministério da Justiça (1990), Procurador Geral da Fazenda Nacional (1991). Advogado. [tercio@sampaioferraz.com.br](mailto:tercio@sampaioferraz.com.br)

Recebido em: 14.10.2024

Aprovado em: 16.10.2024

A vida que vivemos é uma sequência de instantes, átimos fugidios que se perdem, mas que se lançam, do fundo da subjetividade, para algo fora de si mesmo.

Outro dia contemplava distraidamente a copa de uma palmeira. Pensava nessa tendência natural de olhar para o verdor viçoso e florescente, que se inclina com a força do vento, mas sem se partir, quando, num impulso, deixei os olhos caírem sobre os primeiros anéis, raízes que mal se percebem.

Pus-me então a pensar nesta Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pensei no traçado burocrático que costuma mostrá-la pelo topo: um agregado de faculdades, diferentes saberes, sob unidade de comando e ordenação. Mas, certamente – pensei –, uma universidade é mais do que isso. Descendo os olhos do topo para a raiz, pensei nessa comunhão entre estudantes e mestres, enraizada no solo de sua instalação.

Voltei o olhar para o antigo convento das Carmelitas Descalças, que conheci há 76 anos, quando tinha oito anos, levado por meu tio-avô, Monsenhor Emílio José Salim, responsável pelo trabalho junto à Santa Sé para conferir o primeiro título de pontifícia a uma universidade católica no Brasil.

Lembro-me do encanto maravilhado que minha imaginação infantil atribuía àquelas paredes até então habitadas por 21 freiras, recolhidas ao silêncio e à clausura. Uma vida marcada por um compromisso de estudo e conhecimento, que transborda numa vida de oração e fraternidade, moldada por Santa Teresa D'Ávila, neta de judeus, para quem o sangue nunca deveria ser um critério para excluir, discriminar, culpabilizar.



Certamente, ali estava a raiz de um caule, que se inclina, mas não quebra, que, em 1977, fez suportar a invasão de forças policiais, o horror sofrido por mais de 1.000 estudantes sob a fúria de cassetetes. A raiz que, ao longo daquela década de 70, fez a PUC/SP acolher inúmeros professores cassados e estudantes expulsos de outras universidades. Para quem não se recorda, Florestan Fernandes, Octavio Ianni, Bento Prado Jr., José Arthur Gianotti eram alguns deles.

Contra um silêncio autoritário, soprado pelos ventos da ditadura que então assolava o país, uma mensagem de abertura para o pensamento livre.

Era o espírito de resistência do caule que não se quebra no acolhimento que se inclina e congrega.

E, aí, a importância da irrupção de um transe, conscientizado na palavra refletida, a romper o perímetro regular das salas de aula, a fazer uma percepção superior nascer da força de convicção muitas vezes oculta pelo véu burocrático dos programas curriculares, como uma escolha capaz de enfrentar esse quadro tão cotidiano que, muitas vezes, assola o pensamento esterilizado pela repetição enfadonha de temas irrefletidos.

Foi, afinal, o que senti, ao tornar-me, em 1969, docente da PUC. Principei lecionando na Faculdade de Filosofia, aliás, por força de um movimento estudantil precursor, que reclamava o direito dos alunos de elegerem seus professores. Aberta uma disputa por uma disciplina chamada Filosofia Social, inscrevi-me e fui eleito. No entanto, o docente oficialmente reconhecido era Franco Montoro.

Homem hábil, de fortes convicções políticas, mas também um espírito aberto e conciliador, Montoro chamou-me para uma conversa. Propôs dividir a disciplina. Mas eram três aulas semanais: como dividir? Você assume duas e eu uma, disse ele. Aceitei. Tornamo-nos amigos e, um semestre depois, deixou-me encarregado das três aulas.

Anos depois, com a criação da pós-graduação na área jurídica, fui convidado por Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Manoel de Arruda Alvim a assumir as aulas de filosofia e teoria geral do direito que compartilharia com... Franco Montoro.

É, afinal, nesse espírito, o espírito de uma *universitas scholarium*, de uma universidade de estudantes, irrequieta, rebelde, inovadora, associada ao perfil aberto e conciliador de seus mestres, que há anos leciono nesta Pontifícia Universidade filosofia jurídica e social.

*Philosophia*, amor à sabedoria, seguramente, é uma devoção. Dizem que Pitágoras foi o primeiro a dizer: “A sabedoria plena e completa pertence aos deuses, mas os homens podem desejá-la ou amá-la, tornando-se filósofos”, amantes do saber.

---

*Philein*, amar, tem muitas facetas. *Philein* ora se traduz por “amar”, “sentir afeição”, ora por “comportar-se de modo hospitaleiro”, sentir que o outro é um forasteiro, a quem se deve acolhimento.

É nessa polissemia de significados que somos *philos*: na família, nas relações sociais, na comunidade, nesta Universidade que cresceu no espaço de um convento.

E é nesse espírito que aqui reconheço meus amigos. Estão todos aqui, presentes, mesmo quando já se tenham ido, deixando, na saudade, a marca de sua lembrança.

A todos sou grato por este momento.

Obrigado.

São Paulo, 9 de outubro de 2024.

---

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS

---

## TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

Doutor em Direito pela USP e Doutor em Filosofia pela Johannes Gutenberg Universität zu Mainz, Alemanha, Professor Emérito das Faculdades de Direito da USP e da PUC-SP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela FADUSP e em Filosofia pela FFLCH da USP. Foi Secretário Executivo do Ministério da Justiça (1990), Procurador Geral da Fazenda Nacional (1991). Advogado. terció@sampaioferraz.com.br

Recebido em: 14.10.2024  
Aprovado em: 16.10.2024

Tenho a honra de assumir nesta solenidade a cadeira da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, cujo patrono é Clóvis Beviláqua.

Venho trazido pelas mãos generosas de meus queridos amigos Roberto Rosas, a quem rendo minhas homenagens, e José Roberto Castro Neves, a quem agradeço pelo carinho de suas palavras. Agradeço também a todos que sufragaram meu nome para suceder a José Manoel de Arruda Alvim Netto na cadeira cujo patrono é Clóvis Beviláqua.

Mas, se aqui chego neste momento, devo muito ao mistério das mãos invisíveis que traçam o destino das coincidências e fazem dos acasos uma teia de imprevistos.

Cruzou-me o destino com Clóvis Beviláqua pela primeira vez em 1959. Preparava-me para o vestibular da Faculdade de Direito do Largo São Francisco quando fui surpreendido pelo mestre que lecionava português e latim com um pedido de dissertação sobre o tema *Clóvis Beviláqua*. Confesso que, então com 17 anos, eu e meus colegas nos entreolhamos desorientados: quem fora Clóvis Beviláqua?

Nome de uma conhecida praça no centro de São Paulo, certamente teria sido alguém digno da homenagem. Mas quem fora?

O imponente edifício do Tribunal de Justiça que se localiza na praça e a proximidade entre a praça e o Largo São Francisco, onde está a Faculdade de Direito, em nada me socorreram. Da praça me vinha à memória apenas o ruído dos motores de carros e ônibus que circulavam em torno do jardim central, os velhos edifícios que então a separavam da praça da Sé e sua catedral ainda inacabada, o murmúrio dos passantes apressados, ao lado de vendedores de bilhetes de loteria a alimentar

sonhos que hoje são recordações, tudo me permitia captar uma imagem sólida e compacta enquanto o nome que ostentava nada me dizia.

Surgia-me então a suspeita de que ali havia algo mais, algo de inconfundível, até de magnífico, mas a ignorância me aprisionava as palavras e me obrigava a emudecer em vez de escrever. Mas, sentia que, sem o nome, a praça estava ali sem personalidade, quase ao acaso.

Hoje, certamente, não ignoro Clóvis como a encarnação do espírito de nosso primeiro Código Civil, do homem de saber jurídico multifário, que, a partir das lições de filósofos como Cícero, Montesquieu e Hegel, ensinava que o Direito é um fenômeno social, uma obra da razão humana, influenciada pelo cosmos, e que se corporifica em um determinado meio social como uma necessidade da coexistência dos seres. Ao realizar seus estudos na Faculdade de Direito em Recife, fez-lo sob forte influência do Direito alemão (notadamente dos estudos que culminaram no Bürgerliches Gesetzbuch, de 1894).

Sabemos que, tendo sido professor na Faculdade de Direito, Clóvis Beviláqua participou do movimento intelectual conhecido por “Escola do Recife”. Em “Juristas Filósofos”, obra de 1897, Clóvis revela toda a força que o pensamento daqueles dois pensadores alemães, Jhering e Post, tivera sobre a Escola do Recife e as suas próprias concepções. Eles eram “as duas principais feições científicas da ciência contemporânea”, tendo encontrado reflexo e cor local em Tobias e em Sylvio Romero. Desde o prefácio até a escolha dos autores estudados, espelha-se a preocupação intelectual de Beviláqua quanto à própria “entidade” do Direito, as suas formas e finalidades, suas raízes profundas na experiência social, sua condicionalidade espacial e temporal.

Diz de von Jhering, que lera em 1881, quando cursava o quarto ano da Faculdade, ter sido o jurista que lhe fornecera a solução “a muito procurada infrutiferamente ao problema do direito como phenomeno social e como conceito philosophico”<sup>1</sup>.

Já na leitura que Beviláqua faz de Hermann Post, o fenômeno jurídico, que pertence ao grupo do conhecimento sociológico, precisaria remontar aos seus enraizamentos biológicos, focados no instinto de conservação e o de reprodução, de onde resulta a luta pela existência social.

Essa percepção social do que é o Direito, na linha de Post, o Direito é um fenômeno social, uma aquisição ou, como diz Clóvis, uma adaptação, que nasce de fatores biológicos, mas se vai, dia a dia, aguçando, reforçando, por “agregações lentas,

---

1. BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Salvador: Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, 1897, p. 62.

como esses depósitos coralinos que se transformam em rochas e em ilhas”, “sob o estímulo constante do meio social”<sup>2</sup>. Assim, a Ciência do Direito abrangeria as duas faces pelas quais se externa a vida jurídica: uma delas traduzida pelos vários modos de externalização das percepções dos indivíduos na vida social; outra, na objetivação dessas percepções nas leis, nos costumes, nos códigos.

Como jurista, Clóvis põe-se no mundo comum, ao qual não nega a exuberância da inteligência e da personalidade. Espelho fiel da doutrina civilista que imperava antes que o impacto socioeconômico advindo de grandes guerras mundiais penetrasse a vivência do jurídico, Clóvis tinha plena consciência do que elaborara.

“As codificações, dizia ele em 1931, pensando no Código Civil, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do Direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos que, no isolamento, não se desenvolviam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias que se poderiam prejudicar na sua ação dispersiva. Por isso, apresentam-se na história do Direito como fase normal da evolução que, partindo da fluidez inicial das ordens mais ou menos arbitrárias das sentenças de várias inspirações e dos costumes, vai em busca de formas definidas, firmes e lúcidas, que traduzam melhor as exigências cada vez mais apuradas da consciência jurídica e melhor disciplinem os interesses dos indivíduos e dos agrupamentos sociais”<sup>3</sup>.

Por isso, dizia Clóvis, o próprio Código Civil, não podia desconhecer as suas próprias lacunas, devendo o jurista perceber as relações sociais em jogo “e delas colher a regra jurídica latente na vida coletiva”, devendo encontrar o Direito na “nebulosa social e dar-lhe forma de preceito regulador das relações humanas”<sup>4</sup>.

Essa forma de sistematizar não derivava de uma cópia do Código Civil Alemão, que entrou em vigor em 1900. Afinal, como o jurista comparatista que havia escrito um livro em 1893 (“Lições de Legislação Comparada Sobre o Direito Privado”) para ser utilizado na então nova disciplina do curso jurídico criada pela República, Clóvis, estudioso incansável e meticuloso, estava a par do que havia de mais atual. Porém, não transladou o Direito estrangeiro para o seu Projeto de forma acrítica,

2. BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Salvador: Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, 1897, p. 99.
3. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1931.
4. BEVILAQUA, C.; SORIANO NETO. *Dois Discursos sobre um Jurista* (1923-1955). Rio de Janeiro, Borsói, 1956, p. 7 e 8.

afirmando ter erigido o seu Projeto sobre a experiência acumulada dos projetos anteriores, principalmente o Esboço de Teixeira de Freitas e o Projeto de Coelho Rodrigues (“mais seguidamente este que aquele”).

Em discurso proferido em homenagem a Pontes de Miranda, em 26 de fevereiro de 1923, no Rio de Janeiro, Clóvis confessava: “É do meu feitio conservar-me na planície, entre árvores discretas, que benevolmente dissimulam a minha já de si apagada individualidade, e daí contemplar, como simples espectador interessado, a corrente social, a rolar as águas profundas, ora revoltas, turvas, espumantes, ora na tranquilidade plácida dos espetáculos grandiosos”<sup>5</sup>.

E isso me faz pensar em José Manoel de Arruda Alvim Netto, nascido em 02.05.1936, em São Paulo, autor de prestígio acadêmico internacional. Foi bacharel, livre-docente, doutor e mestre em Direito pela PUC de São Paulo, professor titular de Direito Civil e coordenador da área de Direito Processual Civil da universidade.

Nessa instituição, ele construiu sua carreira e a ela dedicou os melhores anos de sua vida, formando um número expressivo de discípulos. Advogado e professor universitário, Arruda Alvim também foi procurador da Fazenda Nacional (por concurso público) e, em 1979, pelo quinto constitucional, tornou-se juiz do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Em 1981, foi elevado ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça, no qual veio a se aposentar e, na sequência, retornou à advocacia.

Leitor voraz, destaco sua tese de livre-docência – “Ensaio sobre a litispendência no direito processual civil” –, com 1.800 notas de rodapé e, na sequência, o “Manual de Direito Processual Civil” e o “Código de Processo Civil Comentado”.

Entre suas obras, uma das teses de maior influência na doutrina brasileira é a sustentação da autonomia da vontade no campo do direito civil.

Arruda Alvim destaca a importância da liberdade das partes em celebrar contratos e realizar atos jurídicos de acordo com sua própria vontade, desde que dentro dos limites legais. Sua abordagem enfatiza a necessidade de proteger a autonomia das pessoas na esfera privada, promovendo assim a liberdade contratual e a autonomia privada. Essa tese influenciou significativamente o desenvolvimento do direito civil no Brasil, contribuindo para debates sobre a interpretação e aplicação das normas contratuais e a proteção dos direitos individuais.

Lembro alguns de seus textos que abordam a tese: “Teoria da Autonomia Privada e Suas Limitações”, trabalho em que explora os fundamentos teóricos da autonomia

---

5. In: BEVILAQUA, C.; SORIANO NETO. *Dois Discursos sobre um Jurista (1923-1955)*. Rio de Janeiro, Borsói, 1956, p. 5.



privada e discute suas limitações à luz dos princípios jurídicos. Relevante também “Contratos e a Autonomia Privada”, artigo que analisa a relação entre contratos e autonomia da vontade, destacando a importância da liberdade contratual e os limites impostos pelo ordenamento jurídico. De significativa importância, “Princípios do Direito Contratual e a Autonomia da Vontade”, trabalho no qual discute os princípios que regem os contratos, enfatizando o papel da autonomia da vontade na formação e execução dos acordos contratuais. Em “Autonomia Privada e Direitos Fundamentais”, aborda a relação entre autonomia privada e direitos fundamentais, explorando como os princípios da liberdade individual e da dignidade humana se relacionam com a autonomia da vontade no contexto jurídico.

Esses textos são apenas alguns exemplos do trabalho de Alvim Netto na defesa da autonomia da vontade no direito civil brasileiro, destacando sua importância e suas implicações para a teoria e para a prática jurídica.

Mas quem foi Arruda Alvim, a quem tenho a satisfação de suceder?

Noto que esta, como tantas outras, é uma Academia de *Letras*, de *Letras Jurídicas*. Serão as *letras* que fazem imortais seus membros?

Mas, sem o autor, a obra não existe.

Mais precisamente, como disse Otto Maria Carpeaux ao assinalar que, na origem da obra [literária], não está um acontecimento da vida do autor, mas a emoção; desatada por esse acontecimento, a obra é tanto mais perfeita quanto mais a emoção original é dominada e transformada em ‘forma’.

Textos, certamente, manifestam a essência objetiva de sua obra. Mas a obra, embora muitas vezes seja o homem, acaba, na frieza distante da escritura, por esconder o homem.

Não, não vou lhes falar da obra, mas da essência existencial que a vivifica.

Afinal, quando aquela essência aparece “objetivamente”, sob a forma de um texto escrito, no fundo ela manifesta a identidade da pessoa e, portanto, serve para identificar a autoria.

Mas emudece e nos escapa, quando tentamos interpretá-la como o espelho da pessoa viva. A suposição de que a identidade de uma pessoa transcende, em grandeza e importância, tudo o que ela possa fazer ou produzir é elemento indispensável da dignidade humana.

Apenas o espírito vulgar consente em atribuir a dignidade de um homem àquilo que ele faz e produz. Pois o que salva o talento verdadeiramente grande é sua capacidade de arcar com o ônus de sua própria obra, permanecendo superior ao que ele faz.

A fonte viva de sua criatividade flui de quem ele é, sendo exterior ao processo de trabalho e independente do que possa ter realizado.

Heidegger afirmou que não se pode dizer do ser humano o *que* ele é, mas somente *quem* ele é. E Hannah Arendt completa: a revelação *de quem alguém é* acontece à revelia dessa força esmagadora do que alguém faz e do que ocorre na simplicidade do cotidiano.

Por isso, um autor não se reduz à obra que escreveu na quietude de sua mesa de trabalho. Não é, pois, um ensimesmado. Ao contrário, ao produzir suas obras, introduz, no âmbito da verdade ou da qualidade e do talento argumentativos, o fator pessoal, ou seja, confere-lhes uma significação humana.

Arruda Alvim, em reveladora entrevista concedida à *Revista de Direito Civil Contemporâneo*<sup>6</sup>: conhecedor que era do idioma alemão desde sua vida escolar, conta que teve a ideia de ir estudar na Alemanha; “eu tinha”, conta ele, “pais já com idade, sogros já com idade e senti que eles não acharam uma grande ideia”. Mas, dando um passo para isso, fui falar com um antigo professor meu, o Desembargador Bruno Afonso André, e perguntei se eu poderia ser assistente dele, e ele aceitou. Aí começou uma carreira que jamais abandonou. Assistente, dava aula na PUC, quando, substituindo seu amigo Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, veio a dar aulas em Bauru, onde, diz ele, “eu treinei muito para ser professor, porque eu dava apenas 96 aulas por mês”. Eu dava aula quinta, sexta e sábado. Eram dez, dez e quatro, toda semana, e faltei duas vezes ao longo de cinco anos.

“(…) Aí surgiu a ideia de fazer um concurso na PUC. Então, escreveu um livro, ao qual se dedicou durante três anos com verdadeira obsessão: não saía sábado, não saía domingo, não ia ao cinema, não jantava fora, nada. Eu trabalhava 15 horas por dia neste livro. Aí fiz livre-docência em São Paulo, obtive o grau de doutor em 1970 e, então, achei que não fazia mais sentido ficar trabalhando fora da cidade de São Paulo. E fiz também concurso pra Fazenda Nacional. Fiquei Procurador da Fazenda Nacional, fiquei livre docente da PUC e tinha o escritório de advocacia, fundei a Revista de Processo pouco depois, e, sim, a vida tomou outros rumos.”

Essa vocação pedagógica obsessiva, aliada ao exercício profissional da advocacia, é, sem dúvida, o traço marcante do perfil de Arruda Alvim.

Mas Arruda Alvim foi, sobretudo, um querido amigo. Guardo dele uma lembrança particular, de um dia que me perguntou se tinha a primeira edição de 1934

---

6. Entrevista Diálogos com a Doutrina e a Jurisprudência 387 Silva, Rafael Peteffi da. Entrevista com José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 7. ano 3. p. 379-391. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2016.

da Teoria Pura do Direito de Kelsen. Diante da negativa mandou-me uma cópia de sua própria biblioteca que guardo com carinho e emoção. Afinal, uma lembrança que o faz presente cada vez que compulso suas páginas.

E, nesse momento, quando nele penso e, por protocolo, me obrigo a pensar também em Clóvis Beviláqua, recordo quem foi Clóvis para Arruda Alvim, que, certamente, como professor de Direito Civil, o conhecia profundamente pelas obras. Novamente, pelas obras. Mas é apenas assim que se relacionam as gerações?

Em *As Cidades Invisíveis*, diz Italo Calvino:

Marco Polo descreve uma ponte, pedra por pedra.

– Mas qual é a pedra que sustenta a ponte? – pergunta Kublai Khan.

– A ponte não é sustentada por esta ou aquela pedra – responde Marco –, mas pela curva do arco que estas formam.

Kublai Khan permanece em silêncio, refletindo, e depois acrescenta:

– Por que falar das pedras? Só o arco me interessa.

Polo responde:

– Sem pedras o arco não existe.

Onde está o arco? Onde está o arco, a curva no tempo que me permite ver Clóvis e Arruda Alvim? Em que pedras se sustentam?

Ambos produziram obras de extraordinário valor que seriam, na verdade, as pedras mediante as quais o autor faz dizer o que sente, pensa e imagina, quando traça, do fundo de sua subjetividade para fora de si mesmo, um perfil para a posteridade.

Que significa, porém, posteridade? Uma estampa que prescinde da própria morte?

Olho novamente para a praça. Hoje, quando nela penso, o nome ainda me evoca aquela vista, aquela luz, aquele murmúrio, aquele ar no qual paira a poeira amarelada do tempo que passou.

Vejo-a, a Praça Clóvis Beviláqua, diante de mim. Ao fundo, imponente, o Palácio da Justiça.

Clóvis Beviláqua e José Manoel de Arruda Alvim foram juristas que nos deixaram uma obra de relevância reconhecida. O Palácio já existia antes de a praça ser denominada Praça Clóvis Beviláqua. Ela era conhecida, aliás, como a praça em frente ao Palácio da Justiça. Nele, por sua vez, anos depois, Arruda Alvim foi desembargador.

Como se no Palácio convergissem a vida e a obra de dois grandes juristas.

Ao entrar no Palácio da Justiça, nos deparamos com as coberturas de mármore e granito que revestem os seus pisos. Ladeado por escadarias revestidas em mármore de Chiampo, piso em mármore de Carrara, corrimãos em mármore amarelo

português e detalhes de balaústres em mármore e bronze, no perímetro estão dispostas 16 colunas jônicas de granito vermelho polido, é o saguão central do Palácio, conhecido como Salão dos Passos Perdidos.

Impressiona com sua suntuosidade e beleza. Funcionava antigamente como o local de espera para os que iam participar dos julgamentos, um lugar onde ocorriam interações e saudações, além de ser um espaço para reflexão e preparação. Um espaço de transição, onde todos se preparavam como se entrassem num templo e a ali realizar seus trabalhos.

Pelo nome, entretanto, Salão dos Passos Perdidos, mais pareça um local onde se caminha sem chegar a lugar algum, o mundo em que a humanidade transita sem rumo certo. Afinal, para onde estamos caminhando?

Para onde o destino de muitas vidas é definido: o salão do júri.

Aí se mostra que a percepção comum das coisas, daquilo que nos permite dizer o que dignifica o ser humano, ainda que tenha, momentaneamente, um valor relativo para a sociedade. É a percepção da justiça como o sentido da vida. Não se trata, portanto, de um procedimento frio e neutro (embora possa estar sujeito a perversões), mas de um momento que se relaciona com o sentimento de injustiça, que transforma a dor muda e inarticulada em algo comunicativo, voltado para os outros.

Sentir o direito não é, por isso, um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações racionalmente sistematizadas e memorizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes linear e consequente, às vezes conflitivo e incoerente. É preciso entender que o direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a conservação do existente *status quo legal*, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.

Cada ser humano é um ser singular, sempre em contato com os outros. A justiça tem a ver com a busca do sentido da [co]existência, ou seja, o sentido da vida social, o sentido da vida pessoal, o sentido do que se faz e se deixa de fazer.

Conhecer o direito, por isso, é uma atividade difícil, que exige, ao mesmo tempo, o domínio técnico e percepção de suas raízes sociais, econômicas, culturais, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Afinal, aprender o direito não se reduz a dominar-lhe a ciência. Exige conquistar sabedoria, sede da prudência.

E nisso, reencontro Clóvis Beviláqua. O direito, dizia ele, não é algo de origem divina ou inata; é uma obra da razão humana, influenciada pelo cosmos, que se corporifica em um determinado meio social como uma necessidade da coexistência dos seres. E nisso, reencontro Arruda Alvim, leitor de Clóvis: “Como ressaltou Clóvis Beviláqua, o direito é uma ciência social, em constante evolução e adaptação às

mudanças da sociedade.” Donde se estende o papel do jurista em sua interpretação do direito: “Seguindo a linha de Clóvis Beviláqua, entende-se que o intérprete do direito deve buscar a harmonia entre as normas e os princípios, visando à justiça e à equidade.”

Clóvis Beviláqua e Arruda Alvim foram grandes juristas. Por isso, a eles, em seu julgamento sempre atento às coisas do mundo, impunha-se sempre a moderação e a prudência, para não serem engolfado pelo arrebatamento dos argumentos ou pela tirania do verdadeiro. Prudência ou moderação não significam, porém, ausência de paixão, pois cuidavam de seus objetos à sua própria maneira “pessoal”, humanizando, assim, o mundo dos argumentos.

Travaram essa luta milenar entre o direito e o fato e souberam ver, nesse duelo dos processos, o amálgama da ideia pura com a realidade humana, que faz pacificamente penetrar o direito no fato e o fato no direito, esse verdadeiro trabalho dos sábios.

E é desses mestres, que amaram a justiça para além do prédio que a alberga, que falo neste ensejo, momento em que, com muito orgulho e satisfação, tomo posse como membro desta Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Uso exclusivo – proibida a veiculação

Uso exclusivo – proibida a veiculação

## Acórdãos<sup>NE</sup>

Nota do Editorial: O inteiro teor do acórdão do STF está disponível no site do respectivo Tribunal, no RT Online [[www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)] para seus assinantes e na versão eletrônica disponível em *Thomson Reuters ProView*.



Uso exclusivo – proibida a veiculação

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF – AgRg no RE 1.444.062/SE – 2ª T. – j. 07.08.2024 – v.u. – rel. Min. André Mendonça – DJe 13.08.2024 – Áreas do Direito: Constitucional, Civil; Processual.



Ministério Público possui legitimidade para propor ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos.

## Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- STF, AgRg em RE com Ag 1.374.178, j. 22.02.2023, DJe 01.03.2023; e
- STF, AgRg em RE com Ag 1.384.869, j. 22.02.2023, DJe 01.03.2023.

## AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.444.062 SERGIPE

**RELATOR** : MIN. ANDRÉ MENDONÇA  
**AGTE.(S)** : UNIÃO  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
**AGDO.(A/S)** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE RENDA PRÓPRIA, DE MODO EXCLUSIVO, PELO DEFICIENTE FÍSICO PARA OBTER ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. TUTELA COLETIVA DOS DIREITOS

INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS REVESTIDOS DE INTERESSE SOCIAL QUALIFICADO. TEMA Nº 471 DO EMENTÁRIO DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. O exame dos autos me conduz à conclusão de que a essência da controvérsia repousa na legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas na defesa de interesses individuais homogêneos, notadamente na defesa das pessoas com deficiência. Quanto a isso, de fato, a jurisprudência desta Suprema Corte, para além do que decidido no RE nº 631.111-RG/GO (Tema nº 471 da Repercussão Geral), é no sentido de reconhecer importante atribuição.

2. A controvérsia suscitada neste recurso extraordinário não se amolda ao Tema RG nº 645, visto que não se questiona a legitimidade do Ministério Público para defender diretamente a isenção tributária, mas, sim, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos revestidos de interesse social qualificado.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Acesse o QR Code para visualizar  
a decisão na íntegra



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



STJ – AgInt no Agravo em REsp 2103074/SP – 4ª T. –  
j. 14.05.2024 – m.v. – rel. p/ o acórdão Min. Raul Araújo –  
DJe 05.09.2024 – Áreas do Direito: Civil; Processual.



Ausência de publicação da pauta de julgamento em órgão oficial, mesmo que virtual, resulta em nulidade do julgamento.

## Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- TST, Processo 1000097-71.2016.5.02.0056, j. 13.09.2023, DJe 22.09.2023.

## AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2103074 - SP (2022/0099617-0)

**RELATOR** : **MINISTRO MARCO BUZZI**  
**R.P/ACÓRDÃO** : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**  
**AGRAVANTE** : LUCIANA CHRISTINA GUIMARAES LOSSIO  
**ADVOGADOS** : RODRIGO LEPORACE FARRET - DF013841  
MARIANA NADDEO LOPES DA CRUZ CASARTELLI - SP233644  
DANIELA MAROCCOLO ARCURI - DF018079  
BRUNA LOSSIO PEREIRA - DF045517  
DIEGO RANGEL ARAUJO - DF056315  
**AGRAVADO** : TRÊS COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL  
**ADVOGADOS** : LUCIMARA FERRO MELHADO - SP176931  
GRACIELA RODRIGUES PEREIRA - SP287049  
**AGRAVADO** : IZABELLE TORRES  
**ADVOGADO** : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA PAUTA DE JULGAMENTO. PREJUÍZO. NULIDADE DO JULGADO. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Conforme expressamente dispõem os artigos 934 e 935 do Código de Processo Civil de 2015, é necessária a publicação da pauta de julgamento no órgão oficial, sendo que entre a data de publicação e a da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de cinco dias.

2. A ausência de publicação da pauta de julgamento, ainda que na modalidade virtual, acarreta nulidade do julgado, notadamente quando a omissão causa prejuízo ao recorrente.

3. Agravo interno provido.

Acesse o QR Code para visualizar  
a decisão na íntegra



Uso exclusivo – proibida a veiculação



STJ – Recurso Especial 2091586/SE – 3ª T. – j. 05.03.2024 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 07.03.2024 – Áreas do Direito: Processual; Civil.



**Não são devidos honorários advocatícios sucumbenciais se o processo for extinto sem resolução de mérito e não houver atuação dos advogados da parte vencedora.**

#### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Convenções sobre os custos da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites, de Antonio do Passo Cabral – *RePro* 276/61-90;
- Natureza jurídica dos honorários de sucumbência, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 52; e
- Os honorários advocatícios de sucumbência: evolução ou retrocesso à luz do Código de Processo Civil de 2015 e da praxis?, de Emmanuel Gustavo Haddad, Lírio Hoffmann Júnior e Daniel Marques de Camargo – *RePro* 331/353-373.

#### RECURSO ESPECIAL Nº 2091586 - SE (2023/0283083-5)

**RELATORA** : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
**RECORRENTE** : CENTRAL DOS ESPORTES LTDA  
**ADVOGADO** : FABIO LUIZ FERREIRA TAMARINDO - SE000741A  
**RECORRIDO** : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL  
**ADVOGADO** : ANTONIO EDUARDO GONÇALVES DE RUEDA - PE016983

#### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO. AFASTAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS.

1. Ação de execução de título extrajudicial, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 20/6/2023 e concluso ao gabinete em 6/10/2023.
2. O propósito recursal consiste em dizer se, na extinção do processo sem resolução de mérito, são devidos honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese em que não houve qualquer atuação dos advogados da parte vencedora.
3. A condenação ao pagamento de honorários advocatícios é uma consequência objetiva da extinção do processo, sendo orientada, em caráter principal, pelo princípio da sucumbência e, subsidiariamente, pelo da causalidade.
4. O CPC/2015, ao contrário do CPC/1973, resolvendo antiga celeuma doutrinária e jurisprudencial, é explícito ao estabelecer que os limites e critérios previstos nos §2º e §3º do art. 85 devem ser aplicados independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive às hipóteses de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito. (Art. 85, §6º, CPC/2015).
5. Muito embora a regra seja a fixação de honorários sucumbenciais na extinção do processo sem resolução de mérito, impõe-se pontuar que, se os honorários têm por objetivo remunerar a atuação dos advogados, inexistindo qualquer atuação do profissional, não há razão para o arbitramento da verba honorária.
6. Na extinção do processo sem resolução de mérito, não são devidos honorários advocatícios sucumbenciais na hipótese em que não houve qualquer atuação dos advogados da parte vencedora.
7. Na hipótese dos autos, não merece reforma o acórdão recorrido, pois em consonância com a tese ora sustentada no sentido de que a inexistência de atuação do advogado da parte vencedora impede a fixação de honorários sucumbenciais em seu favor.
8. Recurso especial não provido.

Accesse o QR Code para visualizar  
a decisão na íntegra







STJ – *Recurso Especial 2067458/SP* – 4ª T. – j. 04.06.2024 – v.u. – rel. Min. Antonio Carlos Ferreira – *DJe* 11.06.2024 – Áreas do Direito: Processual; Civil.



É exigível e líquida a quantia que o devedor reconhece e expressamente declara como devida.

#### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A (in)efetividade da tutela executiva pecuniária, de Benedito Cerezzo Pereira Filho – *RePro* 357/93-126;
- Ainda sobre as medidas executivas atípicas: aplicabilidade no cumprimento provisório de sentença para pagamento de quantia certa, de Adriano Sayão Scopel – *RePro* 302/139-157;
- Depósito em dinheiro na execução provisória por quantia certa, de Editorial RT – *Boletim Revista dos Tribunais Online* 22; e
- Recursos no processo de execução e nas fases de liquidação e cumprimento da sentença, de Pedro Miranda de Oliveira – *RePro* 318/261-284.

#### RECURSO ESPECIAL Nº 2067458 - SP (2023/0130819-6)

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA**  
**RECORRENTE** : SAVOY IMOBILIARIA CONST LTDA  
**RECORRENTE** : CENTERLESTE EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LIMITADA  
**RECORRENTE** : RACINVEST INVESTIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA  
**ADVOGADOS** : VIVIANE BARCI DE MORAES - SP166465  
RODRIGO FUNABASHI - SP261163  
FELIPE GENARI - SP356167  
MÁGINO ALVES BARBOSA FILHO - SP069943  
OLHENO RICARDO DE SOUZA SCUCUGLIA - SP437431  
FRANCINE LAIZ RAPOSO SANCHEZ - SP459856  
**RECORRIDO** : CITYTEL ASSESSORIA EM COMUNICAÇÕES LTDA  
**ADVOGADOS** : CANDIDO RANGEL DINAMARCO - SP091537  
GIORGIO PIGNALOSA - SP092687  
OSWALDO DAGUANO JÚNIOR - SP296878  
JOÃO ANTÔNIO CÂNOVAS BOTTAZZO GANACIN - SP343129

GABRIELA YUMI SUJUKI - SP439354  
BEATRIZ ARRUDA OUTEIRO - SP206578

### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TÍTULO JUDICIAL. QUANTUM DEBEATUR. INCONTROVÉRSIA. LIQUIDEZ. PARCELAS LÍQUIDA E ILÍQUIDA DO JULGADO. LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONCOMITÂNCIA. POSSIBILIDADE. FASE LIQUIDATÓRIA. PERÍCIA JUDICIAL. HONORÁRIOS. RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR SUCUMBENTE. SÚM. 83/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na fase de liquidação de sentença, a quantia que o devedor reconhece e expressamente declara como devida representa a parte líquida da condenação, e como tal pode ser exigida desde logo.

2. A jurisprudência do STJ prestigia o comando do art. 509, § 1º, do CPC/2015, segundo o qual, "[q]uando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta".

3. Conforme entendimento gravado na nota n. 83 da Súmula de Jurisprudência do STJ, não se conhece do recurso especial quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida, entendimento aplicável tanto aos recursos interpostos pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional.

3.1. Na espécie, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais foi atribuída à recorrente em razão de ter sucumbido na fase de conhecimento, conclusão que se alinha ao entendimento firmado no julgamento do Tema Repetitivo n. 671/STJ.

3.2. Além disso, o acórdão recorrido pontuou que a agravante pleiteou a realização de perícia para a apuração do valor devido, de modo que responsável pelo pagamento dos respectivos honorários periciais na forma do que prevê o art. 95, *caput*, do CPC/2015. Precedentes do STJ.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

Accese o QR Code para visualizar  
a decisão na íntegra



Uso exclusivo – proibida a veiculação

**Índice  
Alfabético-remissivo**

Uso exclusivo – proibida a veiculação

## ÍNDICE DE TEMAS

---

### A

Ação civil pública – p. 575  
Ação de indenização – p. 577  
Ação reivindicatória – p. 287  
Acesso à justiça – p. 231, 473, 521  
Acórdão – p. 257  
Advocacia – p. 473  
Advocacia Pública – p. 473  
Ampla defesa – p. 287  
Arguição de descumprimento de preceito fundamental – p. 313  
Ato notarial – p. 499

### C

Citação – p. 73  
Coisa julgada – p. 105  
Conciliação – p. 521  
Conjunto probatório – p. 209  
Controle de constitucionalidade – p. 445  
Cooperação judicial internacional – p. 175  
Crime de informática – p. 175  
Cumprimento de sentença – p. 579

### D

Declaratória incidental – p. 105  
Defensoria Pública – p. 287, 473  
Defesa técnica – p. 287  
Demandas repetitivas – p. 405  
Direito à prova – p. 175  
Direito comparado – p. 499  
Direito de não fazer prova contra si mesmo – p. 175

Direito de propriedade – p. 287  
Direito individual homogêneo – p. 575  
Direito italiano – p. 473  
Direito romano – p. 47  
Direitos fundamentais – p. 313  
Direitos reais – p. 287  
Discricionariedade judicial – p. 21

### E

Eficácia probatória – p. 209  
Embargos de divergência – p. 257  
Epidemia – p. 313  
Execução da obrigação por quantia certa – p. 579

### F

Fundamentação da decisão judicial – p. 21, 341

### H

Honorários advocatícios – p. 581  
Honorários periciais – p. 579

### I

Improbidade administrativa – p. 287  
Indenização por dano moral – p. 577  
Inteligência artificial – p. 405  
Interrupção da prescrição – p. 73  
Isenção tributária – p. 575

**J**

Julgamento virtual – p. 231

**L**

Legitimidade extraordinária – p. 47

Lei de Arbitragem – p. 499

Liquidação de sentença – p. 579

Litígios societários – p. 341

**M**

Má-fé – p. 473

Meios alternativos de resolução de conflitos –  
p. 499, 521

Mérito da causa – 105

**N**

Nulidade da sentença – p. 577

**O**

Ônus da prova – p. 147

**P**

Pessoa com deficiência – p. 575

Poder do relator – p. 231

Poderes instrutórios do juiz – p. 147

Política pública de interesse social – p. 575

Precedente do Supremo Tribunal Federal – p. 445

Precedente judicial – p. 257, 405

Prequestionamento – p. 577

Prerrogativas do Supremo Tribunal Federal –  
p. 445

Princípio da colegialidade – p. 257

Princípio da primazia da realidade – p. 209

Princípio da transparência – p. 405

Princípio do contraditório – p. 175

Princípio do devido processo legal – p. 21

Princípio do livre convencimento motivado –  
p. 21, 147

Processo judicial eletrônico – p. 231

Produção da prova – p. 147

Prova digital – p. 175

Prova documental – p. 209

Publicação na imprensa oficial – p. 577

**Q**

Questão prejudicial – p. 105

**R**

Razões do recurso – p. 577

Recuperação judicial – p. 577

Reexame do conjunto fático-probatório – p. 209

Renúncia à prescrição – p. 73

Repercussão geral – p. 575

Representação processual – p. 47

Responsabilidade civil – p. 577

**S**

Sociedade empresarial – p. 341

Substituição processual – p. 47

Sucumbência – 581

Supremo Tribunal Federal – p. 231, 313, 445

**T**

Tabelionato de notas – p. 499

Tutela provisória – p. 341

**U**

Uniformização da jurisprudência – p. 257

## ÍNDICE DE AUTORES

---

### A

ADRIANO CAMARGO GOMES

- Ônus da prova: a relevância da sua distribuição para orientar o comportamento das partes – Parte I, p. 147

ALINE RODRIGUES DE LOURDES (Carlos Eduardo Silva e Souza)

- A fundamentação das decisões e o livre convencimento motivado após as modificações do CPC/2015, p. 21

ANDRÉ RICARDO GODOY DE SOUZA (Luíza Guimarães Campos Batista Gomes)

- Valoração da prova digital: entre a descon-fiança e a crença, p. 175

### C

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA (Aline Rodrigues de LOURDES)

- A fundamentação das decisões e o livre convencimento motivado após as modificações do CPC/2015, p. 21

CRISTIANE DRUYE TAVARES FAGUNDES (William Santos Ferreira e Laura Cardoso Kallil Vilela Leite)

- O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes, p. 257

### D

DANIEL MOURA NOGUEIRA

- A unificação objetiva da coisa julgada principal com a questão prejudicial de

mérito – O desuso da ação declaratória incidental pelo CPC de 2015, p. 105

DOUGLAS ADMIRAL LOUZADA (Flávio Cheim JORGE)

- A indisponibilidade de defesa técnica na ação de improbidade administrativa e o papel da Defensoria Pública na garantia da ampla defesa em processos punitivos não penais, p. 287

### E

EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA (Isabelly Cysne Augusto Maia e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega)

- Modelos decisórios na atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: uma análise do discurso crítica na ADPF 635, p. 375

EDUARDA PEIXOTO DA CUNHA FRANÇA (MATHEUS CASIMIRO e Patrícia Perrone Campos Mello)

- Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos, p. 445

### F

FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA (Isabelly Cysne Augusto Maia e Eduarda Peixoto da Cunha França)

- Modelos decisórios na atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: uma análise do discurso crítica na ADPF 635, p. 375



FLÁVIO CHEIM JORGE (Douglas Admiral Louzada)

- A indisponibilidade de defesa técnica na ação de improbidade administrativa e o papel da Defensoria Pública na garantia da ampla defesa em processos punitivos não penais, p. 287

## G

GLEYDSON KLEBER LOPES DE OLIVEIRA

- Atualidades sobre a ação reivindicatória, p. 313

GUSTAVO HENRICHES FAVERO

- Arbitragem notarial, p. 499

## H

HEITOR VITOR MENDONÇA SICA

- Perfil histórico da representação e da substituição processual, p. 47

## I

ISABELLE ALMEIDA VIEIRA PICCININI

- Os impactos do plenário virtual no poder de pauta do presidente do Supremo Tribunal Federal: ampliação do acesso à justiça por uma via transversal?, p. 231

ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA (Eduarda Peixoto da Cunha França e Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega)

- Modelos decisórios na atuação estrutural do Supremo Tribunal Federal: uma análise do discurso crítica na ADPF 635, p. 375

## J

JOSUÉ DE SOUSA LIMA JR. (Larissa Braga Costa de Oliveira Lima)

- A interrupção da prescrição pela citação de terceiro não responsável pelo dano: análise do REsp 2.046.955/RJ, p. 73

JULIANA DAL MOLIN DE OLIVEIRA LEMOS

- A necessidade de critérios-base para a relação entre inteligência artificial e precedentes judiciais repetitivos, p. 405

## L

LARISSA BRAGA COSTA DE OLIVEIRA LIMA (Josué de Sousa Lima Jr.)

- A interrupção da prescrição pela citação de terceiro não responsável pelo dano: análise do REsp 2.046.955/RJ, p. 73

LAURA CARDOSO KALIL VILELA LEITE (Cristiane Druve Tavares Fagundes e William Santos Ferreira)

- O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes, p. 257

LEONARDO COSTA NORAT

- Tutela provisória em direito societário, p. 341

LUCAS LOPES DÓRIA FERREIRA

- Histórico do direito processual civil brasileiro, jurisdição e desenhos normativos da conciliação, p. 521

LUÍZA GUIMARÃES CAMPOS BATISTA GOMES (André Ricardo Godoy de Souza)

- Valoração da prova digital: entre a desconfiância e a crença, p. 175

## M

MARIA EDUARDA ARNAU RODRIGUES

- Prova documental: é possível documentar a realidade?, p. 209

MATHEUS CASIMIRO (Patrícia Perrone Campos Mello e Eduarda Peixoto da Cunha França)

- Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos, p. 445

**P**

- PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO (Matheus Casimiro e Eduarda Peixoto da Cunha França)
- Transformações do controle de constitucionalidade no Brasil: legitimidade, objeto e efeitos, p. 445

**T**

- TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
- Academia Brasileira de Letras Jurídicas, p. 563
- TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
- Discurso por ocasião da entrega do título de Professor Emérito da PUC/SP, p. 559

## TERESA ARRUDA ALVIM

- Acesso à justiça, advogados públicos e privados – especialmente a Defensoria Pública e a litigância predatória – Brasil – Itália, p. 473

**W**

- WILLIAM SANTOS FERREIRA (Cristiane Druve Tavares Fagundes e Laura Cardoso Kalil Vilela Leite)
- O cabimento de Embargos de Divergência na hipótese de alteração da composição do órgão colegiado que proferiu a decisão embargada (art. 1.043, § 3º, CPC/2015) e o modelo brasileiro de precedentes, p. 257

Usso exclusivo – proibida a reprodução

Uso exclusivo – proibida a veiculação

# NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de carácter científico, o qual, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
  2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e das condições da *Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral Inédita e Termo de Responsabilidade*, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais.
    - 2.1. A publicação ocorrerá em duplo formato: impresso e digital.
      - 2.2. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicado nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa, seja em mídia eletrónica.
      - 2.3. O material recebido e não publicado não será devolvido.
3. Normas de publicação
  - 3.1. Formatação exigida para os artigos
    - (a) Tamanho do papel: A4.
    - (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 30 laudas (cada lauda deve ter 2.100 caracteres sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia), com exceção dos comentários jurisprudenciais e legislativos, que poderão contar com um número de laudas inferior ao mínimo estabelecido.
    - (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm.
    - (d) Alinhamento: justificado.
    - (e) Fonte: Times New Roman, normal, com tamanho 12 para título, corpo de texto, citações e sumário e tamanho 10 para notas de rodapé (não utilizar notas de fim).

(f) Espaçamento entre linhas: 1,5.

(g) Destaques: em itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado.

(h) Citações: entre aspas – quando ultrapassar três linhas, usar recuo de 4 cm (nesse caso, não usar aspas). Caso haja destaque em citação, indicar “grifo nosso” se for do autor do artigo e “grifo do autor” se for do autor citado (original).

(i) Título do artigo em português e em inglês.

(j) Lista de cinco palavras-chave em português e em inglês (*keywords*).

(k) Resumo do artigo em português e em inglês com, no máximo, 750 caracteres (sem espaços).

(l) O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo: Pós-Doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.

(m) As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites*, deve-se indicar a data de acesso. Ex.: STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!* Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>]. Acesso em: 22.10.2017.

4. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro, os arquivos devem ser gravados no formato *.rtf* (de leitura comum a todos os processadores de texto). Indicar no assunto do *e-mail* o nome da revista para a qual deseja que o artigo seja avaliado.
5. Pressupõe-se a autorização de publicação dos artigos encaminhados, quando aprovados. Após a aprovação, será enviada uma cessão de direitos autorais, para que o Autor possa receber um exemplar de cortesia da publicação.

# A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:  
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM  
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

**DANIEL DE OLIVEIRA PONTES**

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. [danielop@globo.com](mailto:danielop@globo.com)

Data de recebimento: 01.11.2017

Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Civil; Penal

**RESUMO:** No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

**KEYWORDS:** Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.<sup>1</sup>

Seja como for, é indúvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

## 7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 242, jul.-ago. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Efficiency*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

---

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.