

ISSN 2675-5920

REJURISTJ

Revista de Estudos Jurídicos
do Superior Tribunal de Justiça

Superior
Tribunal
de Justiça

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE DO MINISTRO DIRETOR DA REVISTA

Ministro Antonio Carlos Ferreira	+ Diretor
Eurico Zecchin Maiolino	+ Juiz Auxiliar
Marilisa Gomes do Amaral	+ Chefe de Gabinete
Gerson Prado da Silva	+ Servidores
Hekelson Bitencourt Viana da Costa	
Maria Angélica Neves Sant'Ana	
Rosa Christina Penido Alves Sturm	
Ruthe Wanessa Cardoso de Souza	+ Técnico em Secretariado
Francisco Rondinely Ferreira da Cruz	+ Assistente Administrativo

SAFS - Quadra 6 - Lote 1 - Trecho III - Ed. dos Plenários - 2º Andar - Sala
C-243

Brasília - DF - 70.095-900

www.stj.jus.br

revista@stj.jus.br

Telefone: (61) 3319-8055

Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça [recurso eletrônico] /
Superior Tribunal de Justiça, Gabinete da Revista – Ano 1, n. 1 (ago. 2020-). - Brasília:
Superior Tribunal de Justiça – STJ, 2020-.

1 recurso online.

Trimestral

Disponível em: <https://rejuri.stj.jus.br/index.php/revistacientifica>

Sigla da publicação: REJurISTJ

e-ISBN: 2675-5920

1. Direito, periódico, Brasil. I. Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Brasil. II. Título.

CDU 340(81)(05)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLENÁRIO

Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin	Presidente
Ministro Luis Felipe Salomão	Vice-Presidente
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto	Corregedor-Geral da Justiça Federal
Ministra Fátima Nancy Andrichi	
Ministro João Otávio de Noronha	
Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins	
Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura	
Ministro Geraldo Og Nicéas Marques Fernandes	
Ministro Mauro Luiz Campbell Marques	Corregedor Nacional de Justiça
Ministro Benedito Gonçalves	Diretor-Geral da ENFAM
Ministro Raul Araújo Filho	
Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues	
Ministro Antonio Carlos Ferreira	Diretor da Revista
Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva	
Ministro Sebastião Alves dos Reis Júnior	
Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	
Ministro Marco Aurélio Bellizze Oliveira	
Ministro Sérgio Luiz Kukina	
Ministro Paulo Dias de Moura Ribeiro	
Ministra Regina Helena Costa	
Ministro Rogerio Schietti Machado Cruz	
Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria	Ouvidor
Ministro Reynaldo Soares da Fonseca	Ouvidor substituto
Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	
Ministro Antonio Saldanha Palheiro	
Ministro Joel Ilan Paciornik	
Ministro Messod Azulay Neto	
Ministro Paulo Sérgio Domingues	
Ministro Teodoro Silva Santos	
Ministro José Afrânio Vilela	
Ministra Daniela Rodrigues Teixeira	
Ministra Maria Marluce Caldas Bezerra	
Ministro Carlos Augusto Pires Brandão	

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA

EDITOR-ADJUNTO

EURICO ZECCHIN MAIOLINO

EDITOR-ADMINISTRATIVO

MARILISA GOMES DO AMARAL

COMISSÃO EXECUTIVA

GERSON PRADO DA SILVA

HEKELSON BITENCOURT VIANA DA COSTA

MARIA ANGÉLICA NEVES SANT'ANA

ROSA CHRISTINA PENIDO ALVES STURM

FRANCISCO RONDINELY FERREIRA DA CRUZ

Assistente Administrativo

RUTHE WANESSA CARDOSO DE SOUZA

Técnico em Secretariado

APOIO

Biblioteca Ministro Oscar Saraiva

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSELHO EDITORIAL

Ana Cláudia Farranha Saldanha	Universidade de Brasília
Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes	Universidade Federal de Minas Gerais
Bruno Nubens Barbosa Miragem	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dário Moura Vicente	Universidade de Lisboa
Edilene Lôbo	Universidade de Itaúna
Heloisa Estellita	Fundação Getúlio Vargas - São Paulo
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
João António Pinto Monteiro	Universidade de Coimbra
Laura Schertel Ferreira Mendes	Universidade de Brasília
Mairan Gonçalves Maia Junior	Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Otávio Luiz Rodrigues Junior	Universidade de São Paulo
Paula Andrea Forgioni	Universidade de São Paulo
Paula Pessoa Pereira	Universidade de Brasília
Paulo Mota Pinto	Universidade de Coimbra
Ricardo Resende Campos	Goethe-Universität Frankfurt
Rita Andrea Rehem Almeida Tourinho	Universidade Federal da Bahia
Silvio Luiz de Almeida	Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP
Susana Henriques da Costa	Universidade de São Paulo

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLABORADORES

Abhner Youssif Mota Arabi
Acácia Regina Soares de Sá
Ademilson Pereira Ribeiro
Adolfo Mamoru Nishiyama
Adriano da Silva Ribeiro
Agatha Gonçalves Santana
Alexandre Kehrig Veronese Aguiar
Alexandre Raslan
Alice Pagnoncelli Pituco
Alice Soares Monsoro de Assumpção
Amanda Simões Fernandes
Amina Welten Guerra
Ana Flávia Borges Paulino
André Pires Gontijo
Andréa Paula dos Reis Santos Oliveira
Antônio César Cunha
Antonio de Pádua Soubhie Nogueira
Antonio Vitor Barbosa de Almeida
Atalá Correia
Augusto César Lukascheck Prado
Bruno Grego dos Santos
Bruno Zampier
Carolina Attuati
Carolina Freitas Gomide de Araujo
Carolina Schäffer Ferreira Jorge
Carolyne Ribeiro Rodrigues de Almeida
César Augusto Carra
Claudia Maria Las Casas Brito Lamas
Cláudia Queda Toledo
Cristina Nascimento de Melo
Daniel Castro
David Elias Cardoso Câmara
Dimis da Costa Braga
Eduardo Pião Ortiz Abraão
Enio César Gonçalves Pimenta
Etiene Coelho Martins
Fabiano Hartman Peixoto
Fábio André Guaragni
Fábio Bragança Zago
Fabrício Ramos Ferreira
Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo
Felipe Viana de Araújo Duque
Fernanda Barbosa dos Santos
Fernanda Heloisa Macedo Soares
Fernanda Mathias de Souza Garcia
Fernando Antônio Calmon Reis
Fernando Daniel de Moura Fonseca
Fernando Mello Duarte
Fernando Muniz Shecaira
Fernando Natal Batista
Filipe Torri da Rosa
Francieli Korquevicz Morbini
Francisco Baleotti
Frederico Augusto Leopoldino koehler
Gabriel Cardoso Galli
Gabriel Hillen Albernaz Andrade
Gilvânklm Marques de Lima
Graciângela Ascenção
Guilherme Dalmonechi Thompson de Paula
Hamid Bdine
Helena Zani Morgado
Isabela Maria Rosal Santos
Isabella Silva Fitas
João Carlos Castellar
João Paulo Rodrigues de Castro
Jonabio Barbosa dos Santos
José Antonio Lomonaco
José Bruno Martins Leão
José Felício Dutra Júnior
José Fernando Simão
José Maria Arruda de Andrade
Josiane Araújo Gomes

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLABORADORES

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva
Júlio César Craveiro Devechi
Kelly Susane Alflen da Silva
Larissa Carvalho Furtado Braga Silva
Manoel Júnior Ferreira Veloso
Marcelo Gerard
Marcelo Lelis de Aguiar
Marcelo Machado Costa Lima
Marcelo Moura da Conceição
Marcelo Raimundo da Silva
Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Márcio Carvalho Faria
Márcio Flávio Mafra Leal
Marcos de Lima Porta
Marcus Flávio Horta Caldeira
Maria Fernanda Pinheiro Wirth
Mariana Urano de Carvalho Caldas
Marilaine Almeida Santos
Marina Mendes Evangelista
Matheus Corrêa Lima de Aguiar Dias
Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto
Mauro Guilherme Messias dos Santos
Meilyng Leone
Melina Lemos Vilela
Mônica Silveira Vieira
Muriel Cordeiro Silva
Murilo Borsio Bataglia
Murilo Laureano Pinto
Najua Samir Asad Ghani
Natália Bertolo Bonfim
Nubia Regina Ventura
Osmar Mendes Paixão Côrtes
Patricia Candido Alves Ferreira
Patrícia Dorigoni Hartmann
Pedro Machado de Almeida Castro
Pedro Nilson Moreira Viana
Pedro Paes de Andrade Banhos
Pierpaolo Cruz Bottini
Priscila Santos Campêlo Macorin
Regina Célia Martinez
Renata Aparecida Follone
Renato Barth Pires
Renato José Ramalho Alves
Roberto Carvalho Veloso
Roberto Lemos dos Santos Filho
Roberto Wanderley Braga
Rodrigo José Rodrigues Bezerra
Rodrigo Pereira de Mello
Sara Barbosa Miranda
Sérgio Ludmer
Silene Pinheiro Cruz
Silvestre Gomes dos Anjos
Sílvia Regina Salau Brollo
Simone Trento
Susana de Moraes Spencer Bruno
Tadeu Luciano Siqueira Andrade
Tatiana Aparecida Estanislau de Souza
Teresa Helena Barros Sales
Thiago Colnago Cabral
Thiago Pires de Oliveira
Thielly Dias de Alencar Pitthan
Tiago Bitencourt De David
Tiago Carvalho Pinto
Tiago Gomes de Carvalho Pinto
Valter de Souza Lobato
Vinicius Marinho Minhoto
Vlamir Costa Magalhães

SUMÁRIO

PREFÁCIO	13
LEGITIMIDADE DO EXEQUENTE PARA DEFENDER O BEM PENHORADO	15
<i>Cândido Rangel Dinamarco</i> AUTOR CONVIDADO	
AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS À LUZ DO REGRAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL	29
<i>Eduardo Arruda Alvim</i> <i>Rosane Pereira dos Santos</i> <i>Ígor Martins da Cunha</i> AUTORES CONVIDADOS	
REFLEXÕES ACERCA DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL À LUZ DO ANTEPROJETO DE REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	61
<i>Luiz Rodrigues Wambier</i> AUTOR CONVIDADO	
NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO APLICÁVEL ÀS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO	83
<i>Nelson Luiz Pinto</i> <i>Renata Cristina Lopes Pinto Martins</i> AUTORES CONVIDADOS	
A POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE REDES SOCIAIS COMO MEDIDA ATÍPICA COERCITIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO	101
<i>Délis Vivianne de Azevêdo Siqueira Campos</i>	
TRABALHO DOMÉSTICO DA MULHER (NÃO REMUNERADO NEM VALORIZADO): SOBRETUDO CUIDADOS DESPENDIDOS À FAMÍLIA — CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS	135
<i>Eduardo Augusto Salomão Cambi</i> <i>Carlos Eduardo Leite Ferraz</i>	

A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DA SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	165
<i>Fabio Resende Leal</i>	
A (DES)NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES	203
<i>Isabele Dellê Volpe Reginato</i>	
A AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE NA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA	237
<i>Leandro Tripodi</i> <i>Bruce Bastos Martins</i>	
O DIREITO À JUSTIÇA OU O PRIVILÉGIO DE POUCOS: A EXCLUSÃO SOCIAL PELA LINGUAGEM JURÍDICA	261
<i>Mateus Magalhães da Silva</i>	
ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ITALIANO: UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO	287
<i>Matheus Tauan Volpi</i> <i>Murilo Alan Volpi</i>	
FUNDAMENTAÇÃO <i>PER RELATIONEM</i> E ART. 489, § 1º, DO CPC: PARÂMETROS DE CONTROLE SOB O TEMA REPETITIVO 1.306 DO STJ	311
<i>Oscar Valente Cardoso</i>	
SAÚDE TEM PREÇO? UMA ANÁLISE SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL CAUSADO PELA INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE HIGIENE LABORAL	337
<i>Raíssa Maria Falcão Costa</i>	
O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA VULNERÁVEL DA VÍTIMA	371
<i>Raphael Penha Hermano</i>	

TUTELA POSSESSÓRIA E EVIDÊNCIA: A RACIONALIDADE JURÍDICA DA LIMINAR NO PROCEDIMENTO ESPECIAL 401

Rennan Thamay

Rodrigo Garcia Rodrigues Buzzi

A (IM)PENHORABILIDADE DAS BASES DE DADOS DAS PESSOAS JURÍDICAS: UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO À LUZ DO DATA ECONOMY 427

Roberto Tadao Magami Júnior

PREFÁCIO

É com satisfação que apresentamos a terceira edição da Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça – REJuriSTJ. Este número permanece fiel ao compromisso de publicar trabalhos de interesse jurídico amplo, cruzando fronteiras entre teoria e prática e priorizando inovação e relevância temática para a Justiça e o aprimoramento acadêmico institucional.

A partir desta edição, a periodicidade da REJuriSTJ será trimestral ao invés de semestral. Essa ampliação reflete nosso objetivo de manter o conteúdo atualizado e mais responsivo às dinâmicas do mundo jurídico, sem comprometer a qualidade analítica que caracteriza a revista.

Apreciamos, com especial atenção, a qualidade da análise dos artigos recebidos. Mantemos o regime de dupla revisão às cegas, modalidade que assegura uma avaliação criteriosa, objetiva e respeitosa das propostas encaminhadas para publicação. Esse processo fortalece a credibilidade da revista e a confiabilidade de suas contribuições.

Buscamos, ainda, estimular a produção acadêmica de alta qualidade, incentivando a diversidade de temas, metodologias e perspectivas. Nosso corpo editorial permanece atento à relevância social, à consistência metodológica e à contribuição efetiva para o avanço do conhecimento jurídico, bem como para o aprimoramento institucional da Justiça.

Agradecemos aos autores, pareceristas, leitores e parceiros que caminham conosco nessa trajetória. Que cada publicação desta edição possa fomentar o debate, inspirar novas perguntas e consolidar a REJuriSTJ como um espaço de referência para a

comunidade jurídica nacional. Ao mesmo tempo, convidamos a todos a encaminharem artigos para submissão, cujas normas estão disponíveis na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça.

Boa leitura!!!!

Brasília, 11 de setembro de 2025.

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Ministro Diretor da Revista

Editor-Chefe da Revista de Estudos Jurídicos do STJ.

LEGITIMIDADE DO EXEQUENTE PARA
DEFENDER O BEM PENHORADO

Cândido Rangel Dinamarco

Autor Convidado

LEGITIMIDADE DO EXEQUENTE PARA DEFENDER O BEM PENHORADO

Cândido Rangel Dinamarco

Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1960. Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Aluno do professor Enrico Tullio Liebman, da Universidade de Milão, entre 1968 e 1970. Ex-Procurador de Justiça do Estado de São Paulo, tendo integrado a Comissão de Revisão dos Códigos, do Ministério da Justiça, em 1980. Ex-juiz do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP). Participou da elaboração de projetos e anteprojetos de lei, dentre os quais a Lei da Ação Civil Pública. Conferencista sobre temas de Processo Civil, bem como autor de artigos publicados nas mais conceituadas revistas especializadas.

SUMÁRIO: 1 COLOCANDO A QUESTÃO. 2 O EXECUTADO NÃO PERDE, PELA PENHORA, O DIREITO QUE TENHA SOBRE O BEM PENHORADO — SUA É A LEGITIMIDADE ORDINÁRIA PARA A DEFESA DESSE BEM. 3 LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. 4 A SITUAÇÃO DO EXEQUENTE EM FACE DO BEM PENHORADO E SUA LEGITIMIDADE. 5 LEGITIMIDADE ATIVA. 6 LEGITIMIDADE PASSIVA. 7 LIMITAÇÕES AOS PODERES E FACULDADES DO EXEQUENTE COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL — ELE NÃO TEM QUALQUER PODER DE DISPOSIÇÃO DO BEM PENHORADO. REFERÊNCIAS.

1 COLOCANDO A QUESTÃO

Indaga-se se o exequente, já tendo obtido a penhora de um bem do executado, é ou não parte legítima para a propositura de demandas em defesa desse bem contra alguma moléstia causada por terceiro (legitimidade ativa) ou para figurar no polo passivo de processos instaurados por um terceiro em relação a esse bem (legitimidade passiva). O exequente estaria sob o risco de um dano meramente **econômico**, que não é fator sequer da legitimidade para intervir como assistente, ou de um dano **jurídico** legitimador de seu interesse de agir ou de resistir a uma pretensão de terceiro? Se ele tiver a legitimidade ativa ou passiva aqui posta em questão, sua legitimidade será **extraordinária**, como substituto processual do executado, de quem é a legitimidade ordinária.

2 O EXECUTADO NÃO PERDE, PELA PENHORA, O DIREITO QUE TENHA SOBRE O BEM PENHORADO — SUA É A LEGITIMIDADE ORDINÁRIA PARA A DEFESA DESSE BEM

A finalidade e o efeito principal da penhora consistem na afetação do bem à execução pendente e à futura expropriação. De todo o patrimônio do executado, que responde por suas obrigações perante os credores em geral (CPC, art. 789), em um deles se concentra e se especifica essa responsabilidade para os fins de uma concreta execução forçada, para depois vir a ser retirado desse patrimônio mediante a expropriação realizada pelo Estado-juiz. **Expropriação** é, nesse contexto, a imperativa supressão do bem penhorado ao patrimônio do executado, realizada mediante sua **adjudicação** ao exequente ou a uma das outras pessoas indicadas no Código de Processo Civil (arts. 876-878), sua arrematação em **leilão judicial** (art. 879, inc. II) ou sua **alienação por iniciativa particular** (art. 879, inc. I). Em caso de **arrematação** o valor em dinheiro trazido pelo arrematante é posto à disposição do juízo, sub-rogando-se na situação do bem penhorado, ou seja, passando ele a figurar como um bem sob penhora, mas ainda pertencente ao executado. O dinheiro arrecadado no leilão judicial apenas deixará o patrimônio deste quando vier a ser entregue ao exequente (CPC, art. 904, inc. I). A esse propósito disse eu próprio em sede doutrinária que “com a penhora ele [o bem] fica afetado à execução, ou seja, destinado à satisfação do crédito, mas **o domínio continua sendo do devedor**”.¹ Se for proprietário, seu direito de propriedade sobre o bem perdurará até que isso aconteça. Se for titular de um direito de posse, continuará a sê-lo. Se for titular de um crédito penhorado, continuará a ser credor pelo valor devido por um terceiro. Araken de Assis: “o domínio subsiste com o executado”.² Na mesma linha diz Francesco Paolo Luiso que “o credor não tem um direito substancial sobre os bens do devedor

¹ *Cfr.* CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Execução civil*, S. Paulo, Malheiros, 8. ed., 2002, n. 210, p. 348-349.

² *Cfr.* *Manual da execução*, 19. ed., S. Paulo, Ed. RT, 2017, n. 278.1, esp. p. 995. Mas Araken abre uma exceção aos casos de constrição sobre dinheiro.

mas um direito **processual** perante o Estado a fim de que este exerça seu poder **expropriativo** em relação ao devedor”.³

Em judiciosa análise da execução por quantia certa disse Edoardo Grabagnati que nessa modalidade executiva ocorrem **duas expropriações**, a saber: a) a expropriação **liquidativa**, consistente em transferir ao arrematante o bem penhorado, para com isso se obter o valor em dinheiro destinado a satisfazer o exequente e (b) a expropriação **satisfativa**, com a qual o juiz retira o dinheiro do patrimônio do executado e o passa ao do exequente.⁴ De minha parte venho adotando com muita convicção essa correta explicação proposta pelo conceituado processualista⁵. Mas é claro que isso sucede apenas na execução por quantia certa e não na execução por coisa certa, onde ocorre somente uma apreensão e **um desapossamento** (satisfativo), consistente na **entrega da coisa ao exequente**. E muito menos na execução por obrigação de conduta (fazer ou não-fazer). Mesmo na execução por quantia certa dar-se-á uma só expropriação em caso de **adjudicação** do bem penhorado, expropriando-se este mediante a efetiva e consumada adjudicação ao exequente ou a um dos sujeitos indicados no art. 889, incs. II-VIII c/c art. 876, § 5º do Código de Processo Civil.⁶

Dadas essas características fundamentais do processo de execução por quantia certa, o executado é o primeiro dos legitimados a defender em juízo o bem penhorado, propondo as demandas adequadas ou defendendo-o em causas movidas por terceiro. Essa é uma legitimidade **ordinária**, por recair sobre o titular do bem ou direito; mas, para evitar os

³ *Cfr. Diritto processuale civile*, III, Milão, Giuffrè, 2007, n. 9.2, p. 65-66.

⁴ *Cfr. Il concorso di creditori nel processo di espropriazione*, Milão, Giuffrè, 1959, n. 3, esp. p. 13.

⁵ *Cfr. ainda CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO Execução civil cit.*, n. 210, p. 348-350 e *Instituições de direito processual civil*, IV, 4. ed. S. Paulo, Malheiros, 2019, n. 1.907, esp. p. 532.

⁶ Em caso de adjudicação a uma pessoa diferente do exequente (CPC, art. 876, § 5º) haverá também duas **expropriações**, sendo o bem expropriado ao devedor com sua adjudicação ao adjudicatário e depois sendo expropriado o dinheiro arrecadado, com a entrega ao credor.

males de sua possível negligência ou ineficiência nessa defesa (ou mesmo **colusão** com o terceiro), é preciso dar legitimidade a outros sujeitos, que são o **depositário** desse bem e o **credor** que no processo executivo figure como exequente. Essas são duas legitimidades **extraordinárias**, delas sendo investidos sujeitos que não são nem se apresentam como titulares de qualquer direito substancial incidente sobre o bem penhorado. Esses sujeitos atuarão em juízo na condição de **substitutos processuais**.

3 LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Substituição processual é a posição do terceiro que, não sendo titular do bem em disputa ou a ser disputado em juízo, recebe do ordenamento processual legitimidade para atuar em juízo, em nome próprio mas no interesse do titular.⁷ Daí o tratamento dessa sua posição como legitimidade **extraordinária** (“ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, **salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico**” – CPC, art. 18). Não há legitimidade extraordinária fora desses casos em que a lei a institui ou o sistema a impõe; justamente porque ela é **extraordinária**, não se admite sua incontrolada expansão para fora ou além dos limites fixados no ordenamento jurídico.

O critério fundamental tomado pela lei para a instituição ou reconhecimento da legitimidade extraordinária em hipóteses específicas consiste em uma relação entre o interesse do titular do direito e o do substituto, de modo que ao atuar em juízo na defesa daquele o substituto estará também, indiretamente, na defesa de seu próprio interesse. “A legitimação para agir em via extraordinária funda-se em um especial jogo de interesses” que, na lição autorizada de Luigi Monacciani, é o **fio condutor** capaz de proporcionar a construção harmoniosa do próprio instituto e

⁷ *Cfr.* CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, 4. ed., Nápoles, Jovene, 1928 § 36, n. 1, p. 596-597; GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile**, Milão, Giuffrè, 1942, n. 8, esp. p. 186; ALLORIO, **La cosa giudicata rispetto ai terzi**, n. 145, p. 249; DONALDO ARMELIN, **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**, n. 117, esp. p. 121 etc.

escolha dos casos nos quais convém à boa ordem processual a instituição de uma legitimidade extraordinária⁸.

Esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso pelo legislador, para justificar-se o fato de autorizar alguém, que nem sequer se apresenta como titular da *res in iudicium deducta*, a exigir do juiz um pronunciamento sobre o direito ou estado alheio (Moreira, 1971, p. 59-60).⁹

E ainda: a outorga de legitimidade (extraordinária) ao não-titular do direito substancial deve depender “das relações entre a sua situação subjetiva e a situação jurídica objeto do juízo” (Moreira, 1971, p. 65). Em termos bem práticos, digamos que, ao instituir a legitimidade de dado sujeito para atuar em prol do direito de outro, o legislador presume que **aquilo que será bom e útil ao substituído será também bom e útil ao substituto**. O sujeito que vem a juízo como substituto processual não atua por mero **altruísmo**, mas para a defesa de um direito seu, associado ou dependente do direito do substituído. Não fosse por isso, o legitimado extraordinário não teria qualquer **interesse processual** pelo provimento jurisdicional que vem a juízo pedir em benefício do titular do direito subjetivo material.

4 A SITUAÇÃO DO EXEQUENTE EM FACE DO BEM PENHORADO E SUA LEGITIMIDADE

Embora não seja um fato extintivo do direito subjetivo material do executado sobre o bem constricto, a penhora o coloca sob a autoridade do juiz para que, no desenvolvimento do procedimento executivo, ele venha a ser expropriado para a obtenção do valor pecuniário devido ao exequente. Isso significa que o exequente, sem ser titular de direito algum de posse, propriedade ou qualquer outro direito subjetivo material sobre

⁸ Cfr. LUIGI MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milão, Giuffrè, 1951, n. 148, p. 388.

⁹ Cfr. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, cit., n. 1, esp. p. 59-60 (v. também RT/404).

o bem penhorado, dele é todo o interesse em sua adequada conservação física e na manutenção de sua situação sob constrição judicial. Quando um bem é penhorado nasce para o exequente a **legítima expectativa** pela expropriação sobre esse bem para a futura satisfação de seu crédito.

Essa legítima expectativa constitui uma **situação jurídica ativa**, ou seja, uma situação favorável ao exequente, como tantas outras contidas na relação jurídica processual. O exequente é amparado por essa situação jurídica ativa instituída pela penhora, sem a qual não se chegaria à satisfação de seu direito no processo ou fase de execução.¹⁰ Além disso, sabido que “realiza-se a execução **no interesse do exequente**” (CPC, art. 797), é imperioso o entendimento de que no processo ou fase de execução este dispõe de muitas situações ativas legítimas (ou favoráveis), as quais devem ser preservadas para que esse seu interesse possa vir a ser efetivado. A síntese dessas situações jurídicas ativas é representada pelo direito do exequente, perante o Estado-juiz, à realização de atos de império destinados à expropriação do bem penhorado, para se chegar à final satisfação de seu crédito.

Nesse quadro é natural que o exequente disponha de legitimidade para defender em juízo a titularidade do bem pelo executado, fazendo-o com vista à manutenção e integridade da penhora constituída em seu favor, sem ficar à mercê do comportamento do próprio executado ou do depositário, ou como um refém destes, com o risco de ser privado da penhora que o favorece em caso de inércia ou ineficiência destes na defesa do bem posto sob constrição. A relevância da permanência da penhora, sem que o bem constricto seja liberado por conta de uma conduta ou exigência de terceiro, é o fator de seu interesse processual e consequente legitimidade para litígios envolvendo o bem (legitimidade ativa ou passiva, conforme o caso).

5 LEGITIMIDADE ATIVA

De dois modos poderá o exequente ingressar em juízo, no polo ativo, para a defesa do direito do executado sobre o bem constricto pela penhora: propondo demandas ou intervindo em processos da autoria do

¹⁰ *Cf.* minhas **Instituições de direito processual civil**, II, 7. ed., S. Paulo, Malheiros, 2017, n. 570, p. 231.

executado ou do depositário. Essa será uma **intervenção litisconsorcial voluntária**, mediante a qual o exequente se tornará **autor** em litisconsórcio com o autor originário, sendo titular de todas as faculdades, poderes, ônus e deveres de **natureza processual** inerentes a essa condição.

Propositura de demandas. Tanto quanto o depositário, o exequente tem legitimidade para agir na qualidade de substituto processual do executado, como autor em demandas destinadas a remover alguma lesão, risco ou ameaça à posse ou propriedade do bem penhorado, causada por terceiro. Havendo uma lesão ao direito de propriedade, o substituto processual poderá propor uma ação reivindicatória, tanto quanto o proprietário-executado. Em caso de moléstia à posse, caracterizada como esbulho ou turbacão, ele será legitimado a propor a ação possessória adequada (ação de reintegração ou de manutenção da posse). Se o bem estiver locado a terceiro, o exequente será legitimado a propor a ação de despejo pela via adequada *etc.*¹¹

Intervenção como litisconsorte ativo. Quando uma dessas demandas houver sido movida pelo executado ou pelo depositário, o exequente será legitimado a intervir como litisconsorte do autor (**intervenção litisconsorcial voluntária**), aderindo ao pedido já deduzido por este, sem nada pedir além disso e sem nada alterar na *causa petendi* deste. O exequente é um dos **colegitimados** a essa demanda e a demanda que propõe nessa hipótese é a mesma que poderia ter proposto de início. O litisconsórcio instaurado nessa hipótese não é um litisconsórcio necessário, mas será **unitário** porque, uma vez instaurado, o interveniente receberá o mesmo tratamento dado ao autor originário e a decisão final do *meritum causae* será uma só para ambos. Esse é o tratamento dado aos litisconsortes sempre que se encontram as demandas movidas por dois ou mais colegitimados.

¹¹ A jurisprudência afirma a legitimidade do **depositário** para a propositura da ação despejo, não se pronunciando quanto ao exequente (cfr. Negrão, *et alii*. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 52. ed, S.Paulo, Saraiva, 2021, nota 3 ao art. 838, p. 821), mas a legitimidade deste funda-se nas mesmas razões da legitimidade daquele, devendo pois ser admitida.

Mas, como sucede com todo substituto processual, ele não terá qualquer poder de disposição do direito substancial do executado (*infra*, n. 7).

6 LEGITIMIDADE PASSIVA

O caso mais nítido de legitimidade passiva do exequente para defender o bem penhorado é o dos **embargos de terceiro**, a cujo respeito dispõe de modo explícito e direto o art. 677, § 4º do Código de Processo Civil, dizendo: “será legitimado passivo o sujeito a quem o ato de constrição aproveita”. Esse sujeito **a quem o ato de constrição aproveita** é em primeiro lugar o exequente, porque o próprio Código de Processo Civil indica que toda execução se realiza no interesse deste (art. 797 - *supra*, n. 4) - e a procedência desses embargos poderá comprometer a constrição realizada em benefício do exequente. A esse propósito disse eu próprio que

o **exequente** é o primeiro legitimado a figurar como demandado no processo dos embargos de terceiro, porque é ele o sujeito que sempre ficará atingido pelos resultados deste. Em toda execução é sempre em seu interesse que se penhoram bens para futura expropriação, que se apreendem bens móveis para lhe serem entregues ou se procede à imissão na posse do imóvel *etc.*¹²

Fora dos casos em que o terceiro persegue o bem penhorado pela via dos embargos de terceiro, há também outros em que a demanda deste poderá comprometer esse bem, excluindo ou reduzindo os efeitos da penhora realizada sobre ele. Pensar (a) em uma **ação reivindicatória**, em que o terceiro se afirma dono do bem possuído pelo executado e posto sob penhora como se fosse deste; b) em uma **ação de usucapião**,

¹² *Cfr.* minhas **Instituições de direito processual civil**, IV cit., n. 2.127, p. 847. Dispondo aquele § 4º que além do exequente também será legitimado passivo aos embargos de terceiro o seu “adversário no processo principal quando for sua a indicação do bem para a constrição judicial”, ter-se-á nessa hipótese “um **litisconsórcio necessário passivo** por força de lei. Esse litisconsórcio será também **unitário** porque as situações do exequente e do executado são **incindíveis**, não se concebendo pois a prolação de sentença com resultados diferentes ou opostos em relação a cada um dos embargados – julgando os embargos procedentes para um deles e improcedentes para o outro”.

cuja procedência também excluirá a constrição do bem porque o bem não pertence ao executado; c) em uma **ação de revisão** de aluguéis, cujo resultado poderá reduzir o valor dos rendimentos do bem penhorado e com isso reduzir o valor a ser obtido em arrematação, (d) em uma **ação renovatória de locação comercial**, onde a sentença poderá excluir (em caso de procedência) a possibilidade de entregar o bem ao possível arrematante, diminuindo com isso o valor a ser depositado por ele, (e) em uma **ação demarcatória**, que poderá reduzir a área do bem penhorado e, conseqüentemente, o valor a ser apurado na arrematação *etc.* Em todos os casos assim é indispensável a inclusão do exequente no polo passivo da relação processual instaurada por iniciativa de um terceiro, na condição de **litisconsorte necessário unitário** do executado, sob pena de nulidade do que vier a ser decidido (CPC, art. 115, inc. I) – não se concebendo pois a prolação de sentença com resultados diferentes ou opostos em relação a cada um dos litisconsortes passivos, julgando a demanda procedente em relação a um dos réus e improcedente para o outro. Há uma estreitíssima similitude entre os efeitos da procedência de ações como essas, o que impõe a aplicação a todas elas, por analogia, da regra de legitimidade ditada pelo art. 677, § 4º do Código de Processo Civil em relação aos embargos de terceiro.

7 LIMITAÇÕES AOS PODERES E FACULDADES DO EXEQUENTE COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL – ELE NÃO TEM QUALQUER PODER DE DISPOSIÇÃO DO BEM PENHORADO

Atuando no processo como substituto processual do executado, o exequente não tem o menor poder de disposição do bem penhorado, porque este pertence àquele e não a ele. Figurando no polo ativo não poderá **renunciar ao pedido** (art. 487, inc. III, letra *c*) e quando for litisconsorte passivo será de total ineficácia seu **reconhecimento do pedido** (letra *c*). Em hipótese alguma poderá realizar uma **transação** com o adversário sobre o objeto do processo (letra *b*). Essas limitações são inerentes à substituição processual, na qual o autor comparece como titular do direito da ação (legitimidade extraordinária), mas não é nem afirma ser titular do direito subjetivo material posto em litígio.

Mas quando for um autor, na condição de substituto processual do executado, o exequente poderá perfeitamente **desistir da ação**, com isso dando causa à extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 485, inc. VIII), pois nesse caso deixa absolutamente intacto o eventual direito do executado ao bem penhorado. Poderá também **desistir do recurso** que ele próprio haja interposto, ou renunciar ao direito de recorrer.

REFERÊNCIAS

ALLORIO, Enrico. **La cosa giudicata rispetto al terzi**. Milão: Giuffrè, 1935.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. Sul litisconsorzio necessario. *In: Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1931. v. 2.

CINTRA, Lia Carolina Batista. **Intervenção de terceiro por ordem do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Substituição processual no processo civil individual e participação do substituído: entre a assistência litisconsorcial e o litisconsórcio necessário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 292, 2019.

COSTANTINO, Giorgio. **Contributo allo studio del litisconsorzio necessario**. Nápoles: Jovene, 1979.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *In: Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

GARBAGNATI, Edoardo. **La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile**. Milão: Giuffrè, 1942.

JUSTEN; TALAMINI; MOREIRA. Sobre a hipoteca judiciária. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 85, jan.-jul. 1997.

LIBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LIBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1981. v. 2.

LUISO, Francesco Paolo. **Diritto processuale civile**. 4. ed. Milão: Giuffrè, 2007. v. 1.

MONACCIANI, Luigi. **Azione e legittimazione**. Milão: Giuffrè, 1951.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *In*: **Direito processual civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Litisconsórcio unitário**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Do litisconsórcio no Código de Processo Civil**. Salvador: [s.n.], 1952.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976-1978.

AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS À
LUZ DO REGRAMENTO DOS RECURSOS
EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

Eduardo Arruda Alvim
Rosane Pereira dos Santos
Ígor Martins da Cunha
Autores Convidados

AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS À LUZ DO REGRAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

THE FUNCTIONS OF THE SUPREME COURTS BASED ON THE REGULATION OF EXTRAORDINARY AND SPECIAL APPEALS (“RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL”)

Eduardo Arruda Alvim

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos cursos de Doutorado, Mestrado, Especialização e Bacharelado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Processo Civil do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Brasília.
E-mail: allvim@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8576414745812691>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4276-6023>

Rosane Pereira dos Santos

Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: psantos.rosane@gmail.com.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5629550142989977>
ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-2579-9600>

Ígor Martins da Cunha

Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Editor Executivo da Revista de Direito e Medicina (Thomson Reuters Brasil). Diretor Executivo da Revista Forense. Advogado.
E-mail: icunhacmc@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8910381383648435>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7989-1496>

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 3 A EVOLUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CRIAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL E A IMPORTÂNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL E DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL PARA O EFETIVO CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a análise da evolução dos recursos dirigidos às Cortes Supremas, desde a sua origem, até os tempos atuais, bem como,

o atual perfil destes recursos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as funções exercidas pelas Cortes Supremas.

Palavras-chave: cortes supremas; funções constitucionais; direito processual civil; recurso extraordinário; recurso especial.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the evolution of the means of impugnation addressed to the Supreme Courts, from their origin to the present day, as well as their current profile in the Brazilian legal system, in view of the functions performed by the Supreme Courts.

Keywords: supreme courts; constitutional functions; civil procedural law; extraordinary appeal; special appeal.

1 INTRODUÇÃO

Os recursos especial e extraordinário se enquadram dentro do conceito dos chamados recursos de estrito direito, ao lado dos embargos de divergência em recurso especial e extraordinário¹, pois possuem características únicas que os diferenciam substancialmente dos demais recursos. Referida denominação leva em consideração o âmbito de abrangência dos recursos (Alvim, 2021), na medida em que impugnam questões exclusivamente de direito versadas nas decisões recorridas, ou seja, visam essencialmente o controle da interpretação e aplicação do direito (Barioni, 2013). Esta peculiaridade vem cada vez mais sendo ressaltada, na medida em que houve paulatinamente uma modificação do perfil da atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que vêm se consolidando cada vez mais como efetivos Tribunais de Cúpula ou Cortes Supremas.

A evolução histórica dos dois recursos possui uma origem e um núcleo comum. Afinal, até 1988, quando foram criados o Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial, as hipóteses de cabimento do recurso

¹ Podem ser elencados, ademais, como recursos de estrito direito, o recurso de revista, cuja competência é do Tribunal Superior do Trabalho, e o recurso especial, cuja competência é do Tribunal Superior Eleitoral.

especial encontravam-se inseridas no âmbito do recurso extraordinário e o Supremo Tribunal Federal exercia a função de dizer a última palavra a respeito de questões federais² no âmbito constitucional e legal.

Com a CF/1988, os recursos passaram a coexistir e seguiram evoluindo, sendo certo, porém, que apesar da existência de um núcleo comum, esta evolução se deu de forma não absolutamente uniforme, tendo em vista não só o objeto dos recursos (questões federais constitucionais x questões federais infraconstitucionais) como, também, o regramento do direito positivo que, em alguns pontos, possuiu e possui contornos parcialmente diversos (como se deu com o recurso extraordinário a partir da EC 45/2004, que passou a exigir a demonstração de repercussão geral). A EC 125/2022, ao estabelecer a chamada relevância da questão federal infraconstitucional, acabou dando um passo para uma nova aproximação entre o regramento presente no direito positivo a respeito dos dois recursos.

No presente trabalho visaremos analisar os principais aspectos da evolução histórica dos recursos especial e extraordinário que influíram diretamente nos seus contornos atuais, bem como pontuar, a partir destes, em que medida se construíram as atuais definições a respeito das atuais funções exercidas pelos nossos Tribunais de Cúpula ou Cortes Supremas. Afinal, se olharmos a evolução de 1890, em que restaram evidenciados os primeiros contornos do recurso extraordinário, até os dias atuais, há uma constante clara: uma tentativa contínua de **refinamento** dos contornos do recurso extraordinário (e posteriormente do recurso especial) com vistas a adequá-lo à realidade social e permitir com que os nossos Tribunais de

² O termo “questão federal” originalmente era empregado para se referir tanto às questões constitucionais quanto às legais, especialmente no período em que ao Supremo Tribunal Federal competia analisar ambas, conforme se percebe a partir de uma análise da doutrina (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963. p. 164-167). Contudo há de se apontar uma tendência, após a criação do Superior Tribunal de Justiça, de se limitar a acepção do termo “questão federal” para abranger apenas as questões ligadas à interpretação da lei federal. Analisando o tema: MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2017. p. 170. O legislador constituinte derivado, ao redigir a Emenda Constitucional 125/2021, observou este detalhe, tendo sido mais técnico e nominado o requisito de “relevância das questões de direito federal infraconstitucional.”

Cúpula ou nossas Cortes Supremas possam efetivamente exercer suas funções constitucionais.

Foram inúmeras pequenas readequações nas previsões constitucionais que alteraram, de forma contínua e não brusca, o regramento do recurso extraordinário e do recurso especial. Basta pensar que, desde a Constituição de 1891, em todas as constituições (1934, 1937, 1946, 1967, 1969, 1988) houve alteração (em menor ou maior grau) da previsão do recurso extraordinário. Adicionalmente, podemos referir a existência de diversas Emendas Constitucionais, como as de 1926, 2004 (EC 45) e 2022 (EC 125) e alterações no direito infraconstitucional, em especial, a criação dos repetitivos (Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, que alteraram o CPC/1973) e a instituição da sistemática dos precedentes do CPC/2015, que também influíram diretamente nos perfis dos recursos especial e extraordinário.

Analisaremos, nos tópicos que se seguem, as principais previsões e alterações ocorridas desde 1891 até o momento atual no regramento constitucional dos recursos extraordinário e especial. Tendo em vista o grande lapso temporal e a grande quantidade de alterações, não serão referidas absolutamente todas as alterações, mas aquelas que compreendemos ser mais relevantes.

2 O CONTEXTO DA CRIAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A criação do recurso extraordinário possui algumas peculiaridades que merecem ser referidas e que auxiliam substancialmente a compreensão de como o instituto evoluiu, quais problemas surgiram e, em que medida, se consolidou o atual perfil das nossas Cortes Supremas, especialmente no julgamento dos recursos especial e extraordinário.

O recurso extraordinário teve como primeiras previsões legislativas o Decreto n. 510, de 22 de julho de 1890 (Projeto de Governo Provisório)³, o Decreto n. 848, de 24 de outubro de 1890 (que visou organizar a Justiça

³ Os primeiros contornos de recurso com contornos semelhantes ao que veio a se consolidar como recurso extraordinário constavam do art. 58, § 1º, do Projeto de Governo Provisório – Decreto 510, de 22 de julho de 1890, elaborado por uma comissão de juristas que contou com a colaboração de Rui Barbosa. Referido recurso, contudo, ainda não contava com o nome de recurso extraordinário.

Federal), tendo sido efetivamente consolidado na Constituição Federal de 1891. Sua criação também coincide com a criação do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula que veio a ser efetivamente instalado em 28 de fevereiro de 1891, em certa medida, em substituição ao antigo Supremo Tribunal de Justiça.

Serviu de inspiração para o recurso extraordinário no Brasil o *writ of error* do direito norte-americano. Este foi criado, de seu turno, pelo *Judiciary Act* de 1789, e disciplinado na Seção 25 “mediante o qual era concedido à Suprema Corte o poder de rever as decisões finais das supremas cortes estaduais em casos específicos” (Silva, 1963, p. 26-27)⁴. Ensinam Bruno e Teresa Arruda Alvim que “essa função foi desempenhada até 1925 pelo *writ of error* e hoje, após paulatina substituição, é realizada exclusivamente pelo *writ of certiorari*...” (2019, p. 308).⁵

A escolha por se criar um recurso com inspiração essencialmente no direito comparado significou um certo distanciamento dos recursos que já estavam previstos no ordenamento jurídico brasileiro e que, em alguma medida, poderiam guardar semelhança como o novo recurso. O antigo recurso de revista, previsto na Constituição Imperial de 1824 (arts. 163 e

⁴ SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 26-27. MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 617; ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 307.

⁵ R. Ives Braghittoni, tratando da Suprema Corte americana, explica que há casos de competência obrigatória, que chegam como apelações e casos de competência facultativa, nos quais o “*caminho de acesso é, em regra, o de “petições de carta requisitória”*” (Cf. BRAGHITTONI, R. Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 29-30, itálico no original). Mais adiante, segue o autor, expondo que: “Entenda-se: não existe, no caso, propriamente um “recurso” como o conhecemos. **Ao contrário, a escolha de qual caso será julgado é tão escancaradamente discricionária que o que se faz é uma petição, na qual se pleiteia que a corte faça a carta requisitória, chamando os autos do caso para si!**” (Cf. BRAGHITTONI, R. Ives. *Recurso Extraordinário – Uma Análise do Acesso do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 29-30, negrito no original). Nessa mesma linha, BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Ed. Juruá, 2009. p. 66-7.

164), na lei não numerada de 18 de setembro de 1828 que criou o Supremo Tribunal de Justiça (extinto com a criação do Supremo Tribunal Federal), e posteriormente também regrado nos arts. 665 e 667 do Regulamento 737/1950, se distanciava consideravelmente, em termos de contornos, do recurso que posteriormente veio a ser chamado de extraordinário. Basta pensar, por exemplo, que aquele recurso era cabível, dentre outras hipóteses, diante de notória injustiça⁶. A criação do recurso significou, portanto, um distanciamento do regramento jurídico até então existente no ordenamento jurídico brasileiro e uma aproximação do regramento existente nos Estados Unidos da América.

Como bem afirma José Afonso da Silva, de fato já existia um recurso que, adaptado à realidade da Federação, poderia se transformar em recurso como o que posteriormente veio a ser nominado de extraordinário, contudo, “na época, as instituições americanas constituíram-se em modelo para as brasileiras.” Aponta com absoluta pertinência que “transportou-se o recurso, mas não se podia transportar uma tradição jurisprudencial e doutrinária que, na América do Norte, lhe deram base segura para a Federação Americana.” (Silva, 1963, p. 30).

Neste processo de internalização, ademais, não foram levadas em consideração as diferentes origens das federações norte-americana e brasileira (que recentemente havia sido criada com a Proclamação da República, de 15 de novembro de 1889). É o que aponta, com inegável pertinência, Carmen Lúcia Antunes Rocha, no sentido de que

a Federação norte-americana, formada por estados soberanos, que tinham feito a sua independência da Inglaterra e que detinham, cada qual, todas as consequências políticas assumidas por uma sociedade estatal, adotou [um modelo tal que] o que os Estados-membros não passaram à entidade nacional foi por eles preservado (Rocha, 1997, p. 184).

⁶ Constituição Federal de 1824, Art. 6º “As revistas sómente serão concedidas nas causas cíveis, e crimes, quando se verificar um dos dous casos: manifesta nullidade, ou injustiça notória nas sentenças proferidas em todos os Juizos em última instancia.”

Diferente é a origem do modelo federativo brasileiro, pois a “Federação nasceu da dispersão do poder público, antes centralizado e exercido na forma de Estado Unitário, teve o procedimento inverso...” (Rocha, 1997, p. 184).⁷ Em suma, enquanto nos Estados Unidos da América os Estados-membros passaram à entidade nacional parte do seu poder para que pudesse ser criada uma Federação, aqui, nos “Estados Unidos do Brasil” (nome então atribuído à nossa Federação também uma clara inspiração da federação americana)⁸, o que houve foi uma divisão do poder que até então era centralizado, e foi parcialmente transferido aos Estados.

A peculiaridade acima referida ajuda a entender por que as competências legislativas dos Estados-membros nos Estados Unidos são muito mais amplas do que as competências legislativas atribuídas aos Estados membros no Brasil, o que, reflexamente, significa que naquele âmbito a abrangência de matérias analisadas pela suprema corte é substancialmente menor, pois boa parte diz respeito tão somente aos Estados-membros. Esta peculiaridade certamente contribuiu para o assoberbamento do Supremo Tribunal Federal e ensejou uma série de alterações nos contornos do regramento do recurso, conforme analisaremos no item a seguir.

3 A EVOLUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Especificamente em relação à previsão do recurso extraordinário, cumpre mencionar que na CF/1891 (seguindo em essência o que previa

⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.184; Aspecto também ressaltado pela doutrina: SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 5; ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 301.

⁸ O Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, previa em seu art. 2º que “As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil”.

o Decreto 510 de 22 de julho de 1890), o recurso extraordinário era previsto no art. 59, § 1º, que especificava que “Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, **e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela**; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (grifo nosso).⁹

Percebe-se que o regramento originário era substancialmente mais simples e limitado do que o atual, ainda que presentes diversos elementos que até hoje estão no ordenamento jurídico, como a previsão de que a decisão deveria ser de “última instância” (que, posteriormente, com a inclusão do vocábulo “ou única”, foi traduzido no requisito “esgotamento das instâncias ordinárias”). Era mais restritiva, na medida em que não continha disposição tão aberta quanto as atuais alíneas *a*, dos incisos III, dos arts. 102 e 105 da CF/1988. Cumpre mencionar que hipótese mais abrangente chegou a ser prevista anteriormente à CF/1891 no Decreto 848/1890, no art. 9º, parágrafo único, alínea *c*, que estabelecia que cabia recurso

quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária, à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do proveito ou da cláusula.¹⁰

⁹ Também havia a previsão de recuso voluntário para o Supremo Tribunal Federal, no art. 61, 2º, parte final, que estabelecia que “Art. 61 - As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º) habeas corpus , ou

2º) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado. Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.”

¹⁰ A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, visou preservar referida hipótese, ao estabelecer, em seu art. 24, que cabia recurso extraordinário nas hipóteses previstas na CF/1891 e no art. 9º, parágrafo único, letra *c*, do Decreto 848, de 11 de outubro de 1891. Referida previsão, no entanto, era de constitucionalidade contestada, por ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual a doutrina entedia que não

A reforma implementada pela EC de 3 de setembro de 1926 alterou o tratamento do recurso extraordinário e deslocou a matéria para o art. 60, § 1º, merecendo destaque a nova redação dada à hipótese da alínea *a*, que passou a prever o cabimento do recurso extraordinário sempre que “quando se questionar sobre a **vigência** ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação”(grifo nosso).¹¹ Outra alteração que merece destaque foi a inclusão de uma nova alínea prevendo, pela primeira vez no texto constitucional, o cabimento do recurso extraordinário na hipótese de divergência jurisprudencial, evidenciando uma preocupação com a função uniformizadora do Supremo Tribunal Federal. Segundo previsto, cabia recurso extraordinário “c) quando dous ou mais tribunaes locais interpretarem de modo differente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunaes referidos ou pelo procurador geral da Republica;”¹²⁻¹³

A CF/1934, ao tratar do recurso extraordinário (assim denominado pela primeira vez no próprio texto constitucional a partir desta constituição – embora o termo já constasse no primeiro Regimento Interno do Supremo

cabia recurso nesta hipótese: MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918. p. 612.

¹¹ Sobre as controvérsias existentes à época a respeito dos vocábulos aplicação e vigência, vide: SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: RT, 1963, p. 33. Segundo Guilherme Recena a alteração da locução objetivava “desautorizar o entendimento – defendido por ninguém menos do que Ruy Barbosa, João Mendes Jr. e Pedro Lessa – de que se negava aplicação, nos termos do permissivo, não apenas nos casos em que se deixava formalmente de se aplicar a norma, mas também quando esta havia sido interpretada e aplicada de modo equivocado” (COSTA, Guilherme Recena. *Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-03092012-153037. Acesso em: 2023 fev. 2022. p. 19).

¹² Não deixa de ser curiosa a possibilidade de interposição de recurso pelos presidentes dos tribunais ou pelo procurador geral da república, que permaneceu nas Constituições de 1934 e 1937, sendo certo que, em relação a esta última, apenas poderia haver recurso nestes moldes na hipótese da alínea *b*.

¹³ Curiosa também a inclusão da alínea *d*, que não restou prevista nas Constituições seguintes, no sentido de que caberia recurso para o Supremo Tribunal Federal “d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

Tribunal Federal¹⁴), previu seu cabimento, em relação à alínea *a* (hipótese nova de cabimento), quando houvesse “decisão contrária a literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado” (art. 76, 2, III). Na verdade, consolidava-se então, hipótese de cabimento que já assumira feições amplas e mais próximas às atuais. Também permaneceram presentes as demais hipóteses de cabimento, deslocadas para as alíneas *b*, *c*, e *d*, anteriormente previstas, apenas como modificações redacionais. Ademais, passou-se a prever também textualmente o cabimento contra decisão de única instância (e não apenas última). Alargou-se, assim, por meio de alteração do direito positivo, o espectro de cabimento do recurso.

Interessante referir que a CF/1934 também substituiu a expressão “sentença” (“das sentenças das justiças em última instância haverá recurso”) por “causas” (“julgar: III- em recurso extraordinário, as causas decididas”). Atualmente referido termo fundamenta a exigência do prequestionamento, conforme destacaremos em sequência. Cumpre referir, ademais, que José Afonso da Silva (1963) destaca que o emprego da expressão julgar as causas decididas foi interpretado, pela doutrina a jurisprudência, no sentido de que ao tribunal seria atribuída a competência, ao julgar o recurso, não só de cassar o julgado, mas também para reexaminar a matéria de fato, aplicando o Direito que rege a espécie *sub judice*. A ideia de reexame de fato, apesar de defendida atualmente por doutrinadores de relevo como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (uma vez admitido o recurso e cassada a decisão, isto é, na fase de re julgamento)¹⁵, não tem encontrado guarida

¹⁴ O termo constava do art. 31, n. 3, *k* do Regimento Interno de do Supremo Tribunal Federal de 1894, bem como nos arts. 17 e 24, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894.

¹⁵ Segundo defende Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “o que significa re julgar a causa? O que é o juízo de revisão na prática? Nesse juízo, ao re julgar a causa, o tribunal superior funciona como se fora tribunal de apelação, pois possui **congnição exauriente** da causa, isto é, pode **tudo**: corrigir *errores in procedendo* e também os *errores in iudicando*; corrigir injustiça; rever e reanalisar quaisquer provas; decidir sobre direito municipal e/ou estadual, decidir questões de ordem pública não decididas nas instâncias anteriores”(NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado [Livro Eletrônico]**. 7 ed. eletrônica São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. Proview p. RL-1.197. Disponível em: <https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/113133203/v21/page/IV> - Acesso em: 17 fev. 2023.

na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em que apenas admite a revalorização jurídica do fato.

Importante referir que a noção de que julgado o recurso deverá ser aplicado o direito ao caso concreto veio a ser prevista, em 1964, na Súmula 456, que expressa que “Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”, bem como no art. 1.034, do CPC/2015, que determina que “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.”

A CF/1934 também influi bastante na atividade do Supremo Tribunal Federal, na medida em que esta transferiu dos Estados para a União a competência para legislar a respeito do direito processual. Esta transferência resultou na subsequente aprovação do CPC/1939 (já sob a égide da CF/1937, em razão da demora no trâmite legislativo). Aumentou substancialmente, a partir de então, a gama de matérias a respeito das quais passou a caber a interposição de recurso extraordinário.

Apesar de o texto da CF/1937 não ser exatamente idêntico, no que diz respeito ao recurso extraordinário, ao texto da CF/1934, podemos afirmar que poucas foram as alterações na sua substância. Em geral as adequações foram mais redacionais do que em essência.¹⁶ Explicativamente, ao invés de se prever o recurso extraordinário “quando a decisão for contra literal disposição” (CF/1934, art. 76, III, *a*) previu-se que o recurso

¹⁶ “Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] II - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa. Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra *b*, poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.”

extraordinário “quando a decisão for contra a **letra**” (CF/1937, art. 101, III, *a*).

A CF/1946 trouxe algumas novidades relevantes que merecem algum destaque. Em primeiro lugar, no texto da Constituição deixou de ser empregado o termo **questionar**, em relação à hipótese de cabimento prevista na alínea *a*. Referida exclusão é relevante na medida em que a ideia de prequestionamento sempre se construiu a partir da exigência, então constante nas constituições anteriores (desde 1891), de que se **questionasse** ou se tivesse **questionado** a respeito da aplicação do dispositivo legal ou da validade de determinada norma. Uma leitura das disposições das Constituições anteriores revela que apenas na hipótese de cabimento com fundamento na divergência entre os tribunais não eram empregados termos como **se questionar** ou **haja questionado**. A partir da CF/1946, o cabimento de recurso extraordinário, no que diz respeito à alínea *a* passou a ter a seguinte redação “quando a decisão recorrida for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal.” Contudo, o termo **questionar** permaneceu sendo empregado na alínea *b*, e a alínea *c* continha o termo **contestar**. A alínea *d*, tal como na constituição anterior, não continha disposição semelhante.

Outra novidade relevante diz respeito à previsão expressa de que caberia recurso extraordinário quando houvesse violação à Constituição. Nas constituições anteriores referida possibilidade não estava expressa, em que pese a doutrina tenha se posicionado claramente neste sentido.¹⁷

Neste período, isto é, após a CF/1946, passaram a ficar mais evidentes as consequências da introdução de um remédio pensado para

¹⁷ Segundo o José Afonso da Silva “No sistema federativo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é o sumo intérprete da Constituição Federal. Tal como já era o entendimento da doutrina na vigência da Constituição de 1891, adotando-se, entre nós, os princípios e diretrizes da Corte Suprema dos Estados Unidos, segundo a teoria dos poderes constitucionais explícitos e implícitos. Por isso, embora não houvesse, naquela Constituição, dispositivo que permitisse expressamente, Recurso Extraordinário de decisão contrária a preceito constitucional, sempre se entendeu ser ele admissível, com base no art. 59, 1 §, letra *a*. Na expressão ‘lei federal’ compreendia-se a própria lei maior” (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 208).

uma federação com contornos diversos (federação norte americana), conforme já adiantamos acima, em especial a circunstância de que aqui há um grande número de matérias a respeito das quais poderia caber recurso extraordinário, número este substancialmente majorado a partir da CF/1934, tendo em vista que esta, como adiantamos, transferiu à União, a competência para legislar sobre o processo e, reflexamente, transferiu para o Supremo a competência para dar a última palavra a respeito deste tema. Estes foram alguns dos fatores que contribuíram significativamente, ao lado de outros, para a chamada “crise do Supremo” – assunto que aflorou principalmente a partir da década de 1960,¹⁸ e evidenciou uma possível inadequação do sistema até então adotado e a necessidade de mudanças.

Nesse contexto histórico, é que compreendemos a razão pela qual vozes autorizadas, muito tempo antes do advento da Carta de 1988, já pugnavam, ao menos desde 1963, pela criação de um novo tribunal superior de abrangência nacional, bipartindo-se a competência do Supremo Tribunal Federal.¹⁹ A primeira tentativa de solução, no entanto, foi outra. O Supremo Tribunal Federal, por meio da Comissão de Jurisprudência, cujo relator era o Ministro Vitor Nunes Leal, passou a adotar as Súmulas, tendo sido a primeira publicada em 1963. Com as súmulas objetivava-se não só uma maior operatividade da atividade jurisdicional, mas, também, uma

¹⁸ Anotou com propriedade Aliomar Baleeiro que “Convém ressaltar que foram sobretudo os recursos extraordinários a causa principal da plethora de feitos no Supremo. Nos 60 primeiros anos, até 1950, eles não chegavam a 17.000. No fim de 1965, o número total já excedida de 60.000. Nos últimos 15 anos, portanto, entraram causas em volume quase igual ao quádruplo dos primeiros 60” (BALEIRO, Aliomar. **O STF este outro desconhecido**. Forense: Rio de Janeiro, 1968. p. 123). Em outra passagem da mesma obra dá notícia que a preocupação na verdade era ainda mais antiga, pois nessa obra, publicada em 1968, dizia: “Desde a divisão da Corte em Turmas há 35 anos, restringindo-se, até certo ponto, os Embargos, vêm sendo sugeridas medidas que atenuassem o congestionamento do Supremo.” (op. ult. cit., p. 129).

¹⁹ Sugestão apresentada por José Afonso da Silva em 1963 (SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963, p. 455-458) e discutida, em 1965, por renomados juristas, em uma mesa redonda ocorrida na Fundação Getúlio Vargas (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 113).

maior uniformidade, na medida em que os entendimentos consolidados do órgão passavam a ser expressos claramente nos Enunciados.

Dentre as súmulas editadas, merece destaque a Súmula 400, tendo em vista que diz respeito ao cabimento do recurso extraordinário. A súmula possui a seguinte redação: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, III, da Constituição Federal.” Seu conteúdo tem conteúdo claramente limitativo, e justifica-se dentro de um contexto em que o Supremo já estava assoberbado e já se discutiam possíveis soluções. Não se pode negar, contudo, que mesmo antes deste período havia certa tendência em se limitar a admissibilidade do recurso extraordinário para controlar interpretação da lei, exigindo-se uma infringência mais forte, qual seja, do texto (ou “letra”, termo empregado na alínea *a*) da lei.²⁰⁻²¹ A Súmula 400 sobreviveu até a Constituição de 1988, tendo sido, posteriormente, paulatinamente afastada, em razão de sua incompatibilidade com o novo texto Constitucional (que expressa claramente que cabe recurso especial

²⁰ Esta peculiaridade é destacada por Arruda Alvim, que destaca uma série de acórdãos do Supremo Tribunal Federal a partir da década de 30, no sentido que a decisão deveria ser contrária “à letra de lei federal” ou que contivesse violação “literal à lei federal.”, qualificando a infringência: ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes**. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.585, em especial nota de rodapé 20. Também se mostra relevante referir o que Carlos Maximiliano (também citado por Arruda Alvim na mesma página) ao comentar uma decisão de 1896, afirma que “Cabe o recurso quando a decisão declara *inaplicável* ao caso uma lei; não quando apenas deixa de aplicar, ou aplica erradamente” em sequência esclarecendo que “Côrte mais alta é o supremo intérprete da Constituição; portanto, quando esta houver sido mal interpretada, aquela aceitará o remédio extraordinário” (MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 617). Veja-se a este respeito que todas as disposições constitucionais aparentemente qualificavam a infringência, seja no que diz respeito a **aplicabilidade** ou **validade** da Lei (CF/1891), **vigência** ou **validade** (CF/1981, na redação da EC1926), **literal disposição** (CF/1934) ou a **letra** (CF/1937).

²¹ Referindo a questão, ao analisar a Reforma de 1926: (COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/D.2.2011.tde-03092012-153037. Acesso em: 22 fev. 2023. p. 19.

quando há contrariedade ou negativa de vigência da lei federal, expressões que não são compatíveis com o entendimento sumular).

A CF/1967 parece ter caminhado no sentido de reafirmar o entendimento da Súmula 400. Isto porque a alínea *a*, do inciso III, do art. 114, da CF/1967, previa o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão “contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal.” A adoção de termos diferentes (contrariar x negar vigência) abriu caminho para a consolidação do entendimento (já expressado na Súmula 400) no sentido de que em relação à lei federal os requisitos para a interposição do recurso seriam mais rigorosos, não bastando mera contrariedade, deveria ser uma contrariedade tal que significasse uma efetiva negativa de vigência à lei federal. Com isso, estaria afastado o recurso quando a decisão tivesse dado interpretação razoável, pois esta não significaria, propriamente, segundo a posição acima, uma negativa de vigência, ainda que existisse certa controvérsia a respeito do tema.²² A alínea *d* do mesmo dispositivo, contudo, abria a possibilidade da interposição com o objetivo de uniformização quando houvesse divergência jurisprudencial.

Na CF/1967 deixaram de ser empregados definitivamente os termos questionar, questionado ou contestado. Evidentemente que a ausência do emprego levou a doutrina a se questionar se subsistiria o prequestionamento ou se ele manteria os contornos. Neste sentido, José Afonso da Silva (1963, p. 198-199), antes mesmo da CF/1967, tendo em vista o não emprego na alínea *a* na CF/1946, se posicionou no sentido na época não se exigia mais “o pre-questionamento sobre a aplicação da lei federal, para interpor-se o remédio constitucional; basta que a decisão a tenha vulnerado” sendo certo que, para o autor, “a aplicação de uma norma qualquer, desde que pertinente, satisfaz aquela exigência da certeza e segurança que o remédio, no caso, postula.”

²² A respeito do tema e das controvérsias que envolvem a Súmula 400 vide: ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes. 20. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1.585.

Referido posicionamento expressa com precisão que a noção então existente de prequestionamento, ligada efetivamente ao questionar das partes, não se mostrava efetivamente mais de acordo com o **ordenamento jurídico**. Em verdade, como se consolidou a jurisprudência, a questão deveria estar centrada não propriamente na atividade das partes, mas na efetiva **apreciação da questão jurídica**. Afinal, em havendo possibilidade de que uma decisão a respeito de uma questão que possa ser proferida de ofício, como ocorre nas questões de ordem pública²³, não há razão para que se ligue a recorribilidade à prévia atividade das partes (questionando sobre a questão). Não por outra razão a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que pese tenha mantido o requisito do prequestionamento, deixou de ligar o termo à sua origem, passando a ser compreendido como efetivo enfrentamento na decisão recorrida da questão jurídica objeto do recurso extraordinário. O requisito – nestes contornos acima – passou a ser ligado, como bem se sabe, ao termo **causas decididas** (que, como vimos, passou a ser empregado a partir da CF/1934).

Uma grande modificação do perfil do recurso extraordinário se deu com a EC 1/1969. Como uma outra tentativa de resolver o problema do assoberbamento do Supremo Tribunal Federal²⁴, foi criada a arguição de relevância para “filtrar” o acesso, pela via do recurso extraordinário, ao órgão, como uma possível solução que limitava a interposição do recurso extraordinário que tivesse por objeto **violação de lei federal**.

O instituto da arguição de relevância surgiu com base no poder normativo que a CF/67, com a EC 1/69, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal (art. 119, parágrafo único), para delimitar em seu Regimento

²³ Veja-se que o fato de o CPC/2015 exigir prévio contraditório mesmo para as questões que podem ser decididas de ofício, não altera a conclusão pois, rigorosamente, questionar não equivale a se manifestar previamente sobre o tema após a parte ser instada pelo juízo.

²⁴ Destaca Arruda Alvim que “o motivo fundamental em virtude do qual se estabeleceram restrições ao cabimento do RE (tendo em vista as hipóteses das letras ‘a’ e ‘d’ do inciso III, do art. 119, CF), à luz dos critérios constantes da própria C.F. de 1967, art. 119, § um.), foi o crescente acúmulo de serviço do Supremo Tribunal Federal, principalmente por causa dos recursos extraordinários, interpostos com base nas duas letras, do inc. III, do art. 119, C.F.” (ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 23).

Interno as causas para o fim da viabilidade da interposição do recurso extraordinário, com fundamento nas alíneas *a* e *d* do inciso III, do art. 119, da CF/1967, na redação da EC 1/69²⁵. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a princípio, indicava quais as causas em que estava **afastado** o cabimento do recurso extraordinário (art. 308). Com a EC 7/77, a própria Constituição Federal, no art. 119, III, parágrafo 1º, utilizou-se da expressão “relevância da questão federal”. A sistemática passou por várias alterações²⁶ à medida em que as restrições não se mostravam suficientes (Alvim, 1988), sendo relevante destacar, no entanto, que, com a Emenda Regimental 2, de 04.12.85, passou-se a indicar de forma delimitada hipótese em que era cabível o recurso extraordinário, sendo, como regra, afastado o cabimento em relação às demais, salvo quando demonstrada a relevância. Neste último regramento, a arguição de relevância poderia ser figurativamente vislumbrada como uma porta para o recorrente acessar o Supremo Tribunal Federal, caso seu recurso não versasse questão jurídica previamente indicada dentre aquelas que davam ensejo ao recurso extraordinário.

A arguição de relevância teve vida por quase 18 anos, passando por diversas modificações neste período.²⁷ Contudo, não teve o condão de efetivamente solucionar de forma definitiva os problemas do Supremo Tribunal Federal, em especial, o seu assoberbamento.

²⁵ O dispositivo tinha a seguinte redação: “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

²⁶ Inicialmente o regramento era baseado na exclusão de causas previamente delimitadas (art. 308), na redação atribuída pela Emenda Regimental de 04/09/1970, com algumas exceções, como quando nessas causas houvesse decisão que tenha discrepância manifesta da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. O regramento nos moldes acima passou por algumas alterações com a Emenda Regimental de 16/06/1975, e a Emenda Regimental de 27/10/1980, com o aumento das restrições ao cabimento.

²⁷ Analisando com profundidade o instituto: ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CRIAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL E A IMPORTÂNCIA DA REPERCUSSÃO GERAL E DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL PARA O EFETIVO CUMPRIMENTO DAS FUNÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em um contexto de crise do Supremo Tribunal Federal e de ausência de resultados suficientemente satisfatórios com o filtro até então criado, e levando em consideração as sugestões da doutrina – que desde ao menos 1963 defendia esta solução –, é que se deve compreender a criação do Superior Tribunal de Justiça pela CF/1988, como uma possível solução para as dificuldades enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal. Os arts. 102, inciso III e 105, inciso III, bem como as respectivas alíneas, que tratam, respectivamente, do recurso extraordinário e especial, foram redigidas de forma praticamente uniforme, com pequenas peculiaridades em relação a cada uma das hipóteses, em consonância com a evolução demonstrada nos itens anteriores. Referidas redações aprimoraram os dispositivos equivalentes nas Constituições anteriores e refletem as missões atribuídas aos órgãos pela Constituição Federal.

A partir da CF/1988, passou a competir ao Supremo Tribunal Federal,

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A hipótese da alínea *d* do inciso III do art. 102 constava originalmente no art. 105, inciso III, alínea *b*, ou seja, dentro do espectro de competência do Superior Tribunal de Justiça e não do Supremo Tribunal Federal. Contudo, logo restou constatado²⁸ que houve um equívoco do legislador constituinte, na medida em que o conflito entre

²⁸ Conforme se denota do seguinte julgado: STF, QO no RE 117.809/PR, Tribunal Pleno, j. 14.06.1989, rel. Sepúlveda Pertence, DJU 04.08.1989.

lei local e lei federal deve ser resolvido com base na competência prevista na Constituição Federal. Portanto, a questão deveria ser de competência do Supremo Tribunal Federal, por consistir em matéria eminentemente constitucional. O equívoco foi corrigido pela EC 45/2004, que transferiu a hipótese para o art. 102, III, *d*, da CF/1988.

Paralelamente, a partir da CF/1988, passou a competir ao recém criado Superior Tribunal de Justiça,

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O texto empregado nos referidos dispositivos, conforme foi possível constatar a partir da análise da evolução de 1890 até os tempos atuais, reflete não só uma tentativa contínua de **refinamento** dos contornos do recurso extraordinário, a partir da CF/1988, do recurso especial, com vistas a adequá-lo à realidade social e permitir que os nossos Tribunais de Cúpula ou Tribunais Supremos possam efetivamente exercer suas funções constitucionais.

Com o advento da CF/1988, no entanto, optou o legislador constituinte por não prever o instituto da arguição de relevância (ou algum similar), possivelmente crendo que a bipartição do órgão de cúpula, por si só, seria suficiente para a resolução dos problemas enfrentados, o que parte da doutrina já reputava ser um equívoco, especialmente tendo em vista os papéis a serem desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁹

²⁹ Já no ano de 1991, Arruda Alvim defendia a retomada da relevância: ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 154.

Em pouco tempo, no entanto, se tornou claro que havia a necessidade de um mecanismo de filtragem dos recursos extraordinários (entendida aqui a expressão como gênero, abrangente do recurso extraordinário propriamente dito e do recurso especial), pois não apenas a criação do Superior Tribunal de Justiça não foi suficiente para desafogar o volume de recursos do Supremo Tribunal Federal, como o volume de recursos endereçados ao Superior Tribunal de Justiça tornou-se muito elevado. Rapidamente os números se mostravam absolutamente incompatíveis com a efetiva atividade a ser desenvolvida por Tribunais de Cúpula ou Cortes Supremas, sendo certo que, em certa medida, a antiga crise do Supremo Tribunal Federal se projetou para o Superior Tribunal de Justiça.

Como bem se sabe, em relação ao Supremo Tribunal Federal, a primeira tentativa de solução após a CF/1988 se deu com a instituição do requisito da Repercussão Geral com a EC nº 45/2004, posteriormente regradada no § 3º do art. 102, no sentido de que

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Referida solução, no entanto, não foi estendida, em um primeiro momento, para o Superior Tribunal de Justiça, o que gerou críticas da doutrina, que, desde aquela época, já defendia esta solução.³⁰

Em razão desta escolha de não se atribuir instituto semelhante ao Superior Tribunal de Justiça, em pouco mais de trinta anos, o Tribunal atravessa situação tão ou mais preocupante, no que diz respeito ao espantoso número de recursos que lhe são dirigidos, do que o Supremo Tribunal

³⁰ Veja-se que a solução difere em diversos aspectos da antiga arguição de relevância. A este respeito, importante notar que o regramento anterior sempre deixou de fora da limitação a infringência à Constituição Federal, estando limitado à infringência da lei federal. A solução da EC 45/2004 foi no sentido inverso, na medida em que esta limitou a interposição apenas dos recursos extraordinários.

Federal enfrentava na década de 1960. Sem qualquer implementação de filtro, como o implementado pela EC 125/2022 (mas ainda pendente de regramento), o número de recursos especiais, que já vinha assumido proporções muito preocupantes, certamente tenderia a se multiplicar e dificultar ainda mais o efetivo exercício das funções precípuas do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a necessidade de um mecanismo, paralelo à repercussão geral, que permitisse ao Superior Tribunal de Justiça selecionar os recursos especiais que envolvessem assuntos relevantes e que transcendessem os interesses das partes já era vigorosamente defendida por vozes da doutrina, como Athos Gusmão Carneiro (2021) e Arruda Alvim (1991), em textos escritos antes mesmo da EC 45/04³¹.

Não se nega que o sistema de precedentes implementado pelo CPC/2015, em especial a criação dos recursos especial e extraordinário repetitivos, consistiu em relevante avanço no sentido de garantir uma maior efetividade na atividade desenvolvida, em especial, para o Superior Tribunal de Justiça (na medida em que o Supremo já tinha instrumento substancialmente regrado tanto no âmbito constitucional quanto legal, para desempenhar de forma mais adequada suas funções, qual seja, a repercussão geral), bem como um destacado elemento para que os órgãos possam efetivamente exercer suas funções uniformizadora e paradigmática. No entanto, a criação da relevância da questão federal, em nosso ver, consiste em importante avanço que, mesmo com o sistema de precedentes, se mostrava necessário.

A relevância da questão federal, para o Superior Tribunal de Justiça, ainda pende de regulamentação, sendo certo que, em que pese

³¹ Escreveu mencionado autor: “A mera ocorrência de questão federal, em país com as dimensões populacionais do Brasil, e ante o alto índice de litigiosidade propiciado pelo incremento dos setores terciários da economia e, outrossim, pelos sucessivos planos econômicos, resultou na chegada ao Supremo Tribunal Federal, bem como ao Superior Tribunal de Justiça (e também ao Tribunal Superior do Trabalho) de um número de recursos de todo inimaginável para um tribunal ‘nacional’... Em suma, retorna o tema da ‘relevância da questão federal’, que comporta objeções em sede teórica, mas que se impõe ante a necessidade de bem julgar as teses de real interesse público, evitando assim sejam ‘soterradas’ na avalanche de recursos atualmente em tramitação no STF e no STJ” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*, Rio de Janeiro: ed. Forense, 2001. p. 21-22).

tenha havido certa controvérsia doutrinária a respeito da exigência imediata ou não, o Pleno do Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 8, no sentido de que:

A indicação, no recurso especial, dos fundamentos de relevância da questão de direito federal infraconstitucional somente será exigida em recursos interpostos contra acórdãos publicados após a data de entrada em vigor da lei regulamentadora prevista no artigo 105, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

Importante destacar, no entanto, que repercussão geral e a atual relevância da questão federal não devem ser compreendidas somente como filtros que se justificam por si mesmos, com o objetivo de apenas diminuir a carga de trabalho desses tribunais. Em verdade sua importância é muito maior. Têm como objetivo principal atribuir operatividade à atividade desenvolvida pelos órgãos, permitindo que estes possam exercer de forma mais efetiva e sistemática suas funções constitucionais. Para permitir com que os órgãos de Cúpula possam efetivamente atuar na manutenção da inteireza, validade, autoridade e unidade do ordenamento jurídico, seja no âmbito da lei federal (no caso do Superior Tribunal de Justiça) como, ainda, no âmbito da Constituição Federal (no que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal), a repercussão geral e a relevância da questão federal são instrumentos relevantíssimos.

Tanto a repercussão geral quanto a relevância da questão federal em verdade evidenciam uma modificação no modo como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser compreendidos, como efetivas Cortes Supremas.

A este respeito cumpre referir que a lei federal, ao regram a repercussão geral, deixou ainda mais evidente que o seu papel não é apenas de filtro, na medida em que criou uma sistemática própria para seleção, processamento, julgamento e, ainda, de aplicação para outros casos da decisão proferida no regime da repercussão geral. Em especial, a operatividade desta sistemática é garantida pela suspensão dos processos semelhantes, uma vez reconhecida a repercussão geral (art. 1.035, § 5º, do CPC/2015) e, uma vez definida a tese, a aplicação aos casos que versem a

mesma questão jurídica (dentre outros dispositivos, os art. 1.030, inciso I, II, do CPC/2015).

A sistemática da relevância da questão federal, em nosso sentir, deve seguir caminho semelhante ao da repercussão geral. Afinal, a redação do § 2º, do art. 105, da CF/1988 (que criou a relevância da questão federal), foi construída levando em consideração a mesma técnica legislativa empregada no art. 102, § 3º (que implementou a repercussão geral), sendo certo, contudo, que a EC 122/2022 se valeu de termo legal indeterminado distinto (relevância ao invés de repercussão geral). Ambas as disposições constitucionais são carregadas de intencional vaguidade, expressando realidade que é de difícil verbalização em textos legislativos precisos e que apenas pode ser referida de forma aberta, sem uma prévia cristalização.

Diante deste contexto, ainda que seja viável o regramento do tema por lei federal e no âmbito regimental, este deve disciplinar o instituto sem, propriamente, defini-lo inteiramente, deixando substancial espaço para que o Superior Tribunal de Justiça possa exercer suas atividades de forma plena e, à luz das suas funções constitucionais e das diversas circunstâncias presentes nas questões federais legais que lhes forem submetidas, possa compreender o que é, ou não, relevante, para fins do recurso especial.

Haverá de se empregar, em nosso sentir, técnica legislativa semelhante à adotada para a repercussão geral no art. 1.035, § 1º, do CPC/2015. A lei federal, portanto, poderá, ou melhor, deverá definir parâmetros de modo a deixar mais claro aquilo que se deve compreender por relevância, sem, contudo, limitar ou enrijecer a função interpretativa do Superior Tribunal de Justiça, sob pena de se engessar o texto constitucional e inutilizar a técnica legislativa empregada, tal como se deu, adequadamente, com a repercussão geral.

Com isso, efetivamente poderá ser alcançado o efetivo objetivo de uniformidade da jurisprudência, de modo a se garantir uma unidade do direito. Afinal, cabe às Cortes Supremas concorrer “para a constituição dessa unidade do direito, controlando e orientando a jurisprudência jurisdicional em geral no sentido válido da mesma unidade” (Neves, 1983, 656).

Referida construção parte do princípio de que a noção de que os Tribunais de Cúpula ou as Cortes Supremas, segundo entendimento atual (e que se construiu paulatinamente), exercem funções relevantíssimas e que foram sendo mais bem definidas a partir da evolução do direito. Esta noção, parte, por exemplo, de norma que não mais se identifica com o texto. Diz com pertinência Daniel Mitidiero (2017, p. 66) que: “A **norma** é na verdade a **interpretação da norma**: ela simplesmente **ainda não é antes da sua interpretação**”. Daí porque fala-se em teoria lógico-argumentativa da interpretação e não mais em teoria cognitivista (Mitidiero, 2017, p. 69). Luís Roberto Barroso, a propósito, ensina:

Enunciado normativo é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem o direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não-incriminação ao *interrogado* em geral (STJ, dju 14 dez. 2001), HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, DJU 16 fev. 2.001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello)³².

Neste contexto, considerar o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, como efetivas Cortes Supremas, é essencial (Mitidiero, 2017).³³ E a repercussão geral e a relevância da questão federal se coadunam com esta noção. Afinal, a este respeito observa com pertinência Daniel Mitidiero (2017) que prepondera nas Cortes Supremas a função de nomofilaquia interpretativa à função de controle da juridicidade das decisões recorridas. A função que sobressai no julgamento do recurso especial e do

³² BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. p. 29, nota de rodapé 64. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/Neoconstitucionalismo%20L%20R%20Barroso.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

³³ Situando o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 69.

extraordinário é, indubitavelmente, a nomofilática, mas em uma acepção que de certo modo evoluiu em relação ao primitivo entendimento acerca de seu significado – no sentido de **nomifilaquia dialética** ou **tendencial**, de modo a significarem essas expressões “a persecução da unidade do direito, e não mais da lei, mediante a utilização de processos hermenêuticos que auxiliem na investigação da solução mais racional e afinada com os preceitos constitucionais.” (Alvim; Dantas, 2019, p. 320).

A circunstância de ser julgado um caso concreto não quer dizer, como argumenta Daniel Mitidiero (2017, p. 111), “que essas Cortes tenham sua razão de ser no controle do caso”. Atualmente, a atividade principal do Superior Tribunal de Justiça, quando julga o recurso especial, consiste em justificar de forma lógico-argumentativa suas decisões, e esse é um dos pontos fulcrais para distinguir a atividade legislativa da jurisdicional, já que o legislador não precisa justificar porque o texto foi editado desta ou daquela forma (Mitidiero, 2017, p. 103). Há, pois, segundo o critério classificatório proposto por Daniel Mitidiero, fortes elementos para identificarmos na atividade do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar recursos especiais, características peculiares das Cortes Supremas (tal como o Supremo Tribunal Federal). Compete-lhe, com efeito, muito mais do que julgar o caso concreto. Antes disso, através de atividade interpretativa, cabe construir a norma aplicável, tendo como ponto de partida o texto positivado. A ilusão de que a atividade do juiz se resume a um raciocínio lógico (silogístico) pode-se amoldar sem maiores dificuldades às decisões dos *easy cases*, mas certamente não explica adequadamente como enfrentar os chamados *hard cases*. Neles, dizem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (2019, p. 53) “o juiz há de “construir” uma solução normativa, a partir de elementos constantes do sistema jurídico: **lei, jurisprudência, doutrina e princípios jurídicos**”.

Porém, não deve ser desprezada, como já sublinhado, a importância da função dialógica, consistente no julgamento do caso concreto, até porque como é expresso o texto constitucional, o recurso especial e extraordinário deve ser interposto a partir do julgamento de uma “causa”, vocábulo que tradicionalmente tem sido associado a uma situação concreta que tenha sido apreciada pelo tribunal local (Assis, 2017). Afinal,

devemos ter sempre que, quando aludimos às funções dos tribunais ao julgar o recurso especial e extraordinário, utilizamo-nos de critérios classificatórios eminentemente didáticos. Porém, não podemos olvidar que tudo se opera, na verdade, ao mesmo tempo.

Deveras, quando o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal julgam o caso concreto, muito mais do que apreciar o inconformismo do recorrente (o que não é a função principal do recurso especial e do recurso extraordinário), estarão exercendo as funções **nomofilática, uniformizadora e paradigmática**, próprias do recurso especial e do recurso extraordinário. Mais remotamente, ademais, estará exercendo a função *dikelógica*, em especial, quando for aplicar o direito ao caso concreto, nos termos do *caput* do art. 1.034, do CPC/2015 e da Súmula 456 do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal para desempenharem adequadamente a função de dar a efetiva significação da norma no caso concreto (função *nomofilática*), que deva ser seguida por outros tribunais (função *paradigmática*), padronizando o entendimento acerca do tema em todo o País (função *uniformizadora*, o que em última análise significa prestigiar a igualdade de todos perante a lei (Alvim; Dantas, 2019), ao decidirem, devem necessariamente levar em consideração, ao lado do texto normativo, os princípios aplicáveis ao caso, a doutrina em torno do assunto e, também, a jurisprudência que se formou a propósito.

Deverão orientar, com isso, toda a atividade jurisdicional e as condutas dos jurisdicionados, pois, por meio de seus julgados, estabelecem efetivas pautas de conduta.

Referida construção se coaduna efetivamente com a evolução tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário, analisada acima e, em especial, com o atual regramento Constitucional, em que referidos recursos devem ser analisados uma vez presentes a repercussão geral (no caso do recurso extraordinário) e a relevância da questão federal (no caso do recurso especial), pendendo, evidentemente, em relação a última, o efetivo regramento no âmbito da lei federal.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho analisamos os principais aspectos da evolução dos recursos especial e extraordinário que refletem as atuais noções a respeito das funções exercidas pelas nossas Cortes Supremas. Desde 1890 até os dias atuais, é possível vislumbrar uma constante e contínua tentativa de **refinamento** dos contornos do recurso extraordinário e, a partir de 1988, do recurso especial, com vista a adequá-los às necessidades sociais e a garantir que nossas Cortes Supremas possam efetivamente exercer suas funções constitucionais, em especial as funções **nomofilática**, **uniformizadora** e **paradigmática** e, ainda que mais remotamente, a **dikelógica**.

A previsão da repercussão geral, em 2004, e a relevância da questão federal, em 2022, em verdade, evidenciam o modo como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser compreendidos, isto é, como efetivas Cortes Supremas. Deverão ser compreendidos como Cortes vocacionadas a promover não só a uniformidade da jurisprudência, mas também uma efetiva unidade do direito, controlando e orientando toda a atividade jurisdicional e até mesmo a conduta dos jurisdicionados, ao estabelecerem, por meio de seus julgados, efetivas pautas de conduta.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: teoria geral do processo, processo de conhecimento, recursos e precedentes**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988). *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 9 ed. São Paulo: RT, 2017.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ**. Curitiba: Juruá, 2009.

BALEIRO, Aliomar. **O STF este outro desconhecido**. Forense: Rio de Janeiro, 1968.

BARIONI, Rodrigo. **Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17657/material/Neoconstitucionalismo%20L%20R%20Barroso.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2023.

BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Guilherme Recena. **Superior Tribunal de Justiça e recurso especial: análise da função e reconstrução dogmática**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. DOI: <https://doi.org/10.11606/D.2.2011.tde-03092012-153037>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado [Livro eletrônico]**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NEVES, A. Castanheira. **O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra Editora: Coimbra, 1983.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: RT, 1963.

REFLEXÕES ACERCA DA RELEVÂNCIA
DA QUESTÃO FEDERAL À LUZ DO
ANTEPROJETO DE REGULAMENTAÇÃO
INFRACONSTITUCIONAL

Luiz Rodrigues Wambier

Autor Convidado

REFLEXÕES ACERCA DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL À LUZ DO ANTEPROJETO DE REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

REFLECTIONS ON THE RELEVANCE OF THE FEDERAL QUESTION IN THE PRELIMINARY DRAFT OF INFRACONSTITUTIONAL REGULATION

Luiz Rodrigues Wambier

Advogado com intensa atuação no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Sócio do escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Autor, entre outros livros, do *Liquidação da Sentença Civil e do Curso Avançado de Processo Civil*, e de diversos artigos publicados em revistas jurídicas, nacionais e estrangeiras. E-mail: luiz.wambier@wambier.com.br. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6038245889031645>

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3 A EC 125/2022 E O ANTEPROJETO PARA REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

SUMMARY: 1 INTRODUCTION. 2 THE CONSTITUTIONAL ROLE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE. 3 THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 125/2022 AND THE DRAFT FOR INFRACONSTITUTIONAL REGULATION OF THE RELEVANCE OF THE FEDERAL ISSUE. 4 FINAL CONSIDERATIONS. REFERENCES.

RESUMO

A EC 125/2022 introduziu no sistema recursal brasileiro um novo requisito para admissibilidade dos recursos especiais: a presença da relevância da questão federal discutida. Trata-se de se exigir que o recurso, para que seja apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), veicule questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que transcendam a esfera individual das partes. Este breve ensaio examina as disposições da EC 125/2022, bem como o texto do anteprojeto de lei proposto pelo STJ para regulamentação infraconstitucional da matéria. Confere especial atenção às hipóteses em relação às quais o legislador constituinte derivado reputou ser presumida a relevância, apresentando novas hipóteses que poderão ser inseridas pelo legislador infraconstitucional diante da cláusula aberta do art. 105, § 3.º, VI, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Superior Tribunal de Justiça; função constitucional dos Tribunais Superiores; relevância da questão federal; anteprojeto de regulamentação infraconstitucional; relevância presumida.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment 125/2022 introduced into the Brazilian appeals system a new requirement for the admissibility of special appeals: the presence of the relevance of the federal issue discussed. It is about demanding that the appeal, in order to be considered by the STJ, convey relevant questions from an economic, political, social or legal point of view, which transcend the individual sphere of the parties. This brief essay examines the provisions of the Constitutional Amendment, as well as the text of the bill proposed by the STJ for the infraconstitutional regulation of the matter. It pays special attention to hypotheses in relation to which the derived constituent legislator deemed relevance to be presumed, presenting new hypotheses that may be inserted by the infraconstitutional legislator in view of the open clause of art. 105, § 3, VI, of the Federal Constitution.

Keywords: Superior Court of Justice; constitutional function of the Superior Courts; relevance of the federal issue; draft of infraconstitutional regulation; presumed relevance.

1 INTRODUÇÃO

A PEC da Relevância da Questão Federal (209/2012) teve origem em proposição aprovada pelo Pleno do Superior Tribunal de Justiça, em março de 2012. Na Justificação da PEC, consta que a iniciativa do estabelecimento de um novo pressuposto para a admissibilidade dos recursos especiais derivou da circunstância de que, no exercício de sua competência de dar a última palavra acerca do direito federal, o Superior Tribunal de Justiça se depara com inúmeros problemas decorrentes do excesso de recursos submetidos a julgamento.

O problema da sobrecarga de recursos perante o STJ não se associa apenas à quantidade de processos em si, mas à própria unidade do direito. O excessivo número de recursos e ações autônomas pendentes de julgamento gera para os tribunais superiores carga exaustiva de trabalho, dificultando a prestação da tutela jurisdicional adequada e a gestão de teses.¹

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a constatação de tais adversidades deu causa ao estabelecimento do requisito da repercussão geral. De acordo com dados estatísticos apostos no texto da Justificação da PEC, a introdução de um novo filtro para admissibilidade dos recursos extraordinários resultou em considerável redução do número de processos em trâmite perante aquele tribunal (de 159.522, em 2007, quando entrou em vigor a Lei n. 11418/2006, que regulamentou o art. 102, § 3.º, da CF, para 38.109, no ano de 2011).

Segundo lá se registrou, a conclusão foi a de que o emprego de medida semelhante ao recurso especial poderia acarretar considerável redução no congestionamento e melhora no funcionamento do STJ, devendo a parte recorrente, para a subida de seu recurso, demonstrar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, para além dos interesses individuais da causa.²

¹ A respeito, cf. CUNHA, Guilherme Antunes da; SCALABRIN, Felipe. A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do Recurso Especial: reflexões iniciais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, a. 16, v. 23, n. 3, p. 120-148, set./dez. 2022, p. 120-121.

² Apesar da regulamentação precisa do conceito de **relevância** ficar sob responsabilidade do legislador infraconstitucional, é possível extrair da Constituição Federal um **núcleo conceitual essencial** do que constituiriam questões relevantes. De maneira geral, são aquelas que transcendam o interesse individual das partes envolvidas no processo do ponto de vista econômico, político, social, ético ou jurídico. Como já destaquei em outro espaço, em coautoria, “tal como se dá na repercussão geral do recurso extraordinário, a relevância da questão federal não deverá ser aferida apenas pela perspectiva de que a matéria abranja um grande número de jurisdicionados. A possibilidade de a questão repetir-se em grande número de processos é, sem dúvida, uma das hipóteses de configuração da relevância. Mas não é a única. A relevância igualmente estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em significativa quantidade de litígios, versem sobre temas fundamentais para a ordem jurídico-constitucional” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 21. ed. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 665).

De modo geral, a introdução do novo requisito de admissibilidade dos recursos especiais embasa-se na constatação de que o STJ, enquanto Tribunal Superior vocacionado a garantir a unidade do direito federal infraconstitucional e uniformidade em sua interpretação, não deve atuar como se de terceira instância se tratasse.

Parcela da doutrina dedicada ao tema sustenta, nesse sentido, que o filtro da relevância não implica a redução das hipóteses de acesso à justiça, porquanto ao STJ não cabe se posicionar em todo e qualquer processo, especialmente nos casos mais ordinários, que impactam apenas e tão somente a órbita individual dos sujeitos envolvidos na causa. Segundo essa linha de raciocínio, é provável que a inserção do filtro da relevância e a restrição de sua atuação a casos que efetivamente exijam a apreciação do STJ resulte numa melhor qualidade e racionalização da prestação da tutela jurisdicional por esse Tribunal.

Gustavo Osna (2022) percebe a implantação do filtro da relevância no Recurso Especial como uma “tentativa de estreitamento das portas do Tribunal”. Contudo, em seu entender, não se trata de mera redução da carga de trabalho dos Ministros, mas de verdadeira e importante ferramenta para viabilizar o aprimoramento da atuação do tribunal, direcionando-a para questões que tenham direta relação com a função constitucionalmente atribuída ao STJ.³

³ OSNA, Gustavo. Uma corte em “tragédia” pode ser suprema? Algumas notas sobre a relevância em recurso especial. *In: Relevância no REsp: pontos e contrapontos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico, p. RB-3.4. Para William Soares Pugliese, com a adoção do filtro da relevância, o STJ deixa de ser um tribunal de cassação para consolidar-se como tribunal de precedentes. Segundo o autor, o processo possui como função a solução de casos, mas também a formação de precedentes. Com esse novo filtro, sedimenta-se a separação entre essas funções do STJ e dos juízes e tribunais estaduais, estes, sim, vocacionados ao desempenho da função de resolução dos casos. Ao admitir o recurso especial, no entender do autor, o escopo principal é a formação do precedente, “preservada a necessidade de aplicar o direito ao caso, nos termos do art. 1.034, do CPC” (PUGLIESE, William Soares. Superior Tribunal de Justiça, precedentes e relevância. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, a. 17, v. 24, n. 1, p. 468-495, jan./abr. 2023, p. 469).

2 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A função primordial⁴ do Superior Tribunal de Justiça (e também do Supremo Tribunal Federal, no plano do direito constitucional) está intimamente ligada à própria finalidade dessa espécie de recurso excepcional, no sentido de que serve ao objetivo de conferir unidade e integridade ao direito federal infraconstitucional, propiciando, portanto, correta interpretação e aplicação da norma.

Incumbe-lhe a atribuição de uniformizar a interpretação do direito federal infraconstitucional, garantindo que os sujeitos envolvidos em conflitos versando idêntica questão de direito recebam do Poder Judiciário a mesma solução jurídica, em restrita observância à regra constitucional da isonomia.

Outra função constitucionalmente conferida ao Superior Tribunal de Justiça, que se aprofunda com a introdução do novo filtro de admissibilidade dos recursos especiais é a função paradigmática, que faz com que as decisões do STJ funcionem como parâmetro interpretativo para os demais órgãos jurisdicionais no país em relação às matérias de sua competência.

Esse enquadramento decorre de certa aproximação que nosso sistema tem experimentado com o sistema da *common law*, notadamente com a introdução do microssistema de julgamento de casos repetitivos. Essa aproximação, todavia, não acarreta a migração do sistema adotado no Brasil para o sistema da *common law*. Apesar do maior reforço legislativo que a função dos Tribunais Superiores de definição de teses jurídicas com força vinculante recebeu nos últimos tempos, nosso sistema se conserva

⁴ A respeito das funções dos Tribunais Superiores no julgamento dos recursos excepcionais, ver, com mais vagar: ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 4. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ancorado na *civil law*, uma vez que nossa tradição jurídica permanece pautada na lei como primordial fonte do direito.⁵

Essa função está retratada no texto normativo, de maneira geral, no art. 927 do CPC, que impõe aos juízes e tribunais o dever de observar as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os

⁵ Segundo consignei em outro espaço, com Eduardo Talamini, “Há décadas, nota-se uma aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*: cada vez é maior a relevância que a jurisprudência assume na *civil law*; são cada vez mais frequentes as normas jurídicas, na *common law*, que advêm de textos legais positivados. Mas permanecem sendo modelos muito distintos. O papel que os precedentes (no sentido próprio, tradicional) têm na *common law* não deriva de uma simples atribuição de especial eficácia a eles – de resto inexistente. Antes, é fruto de seculares tradições. O direito inglês consolidou-se dessa forma: com um conjunto de costumes, decisões judiciais e mesmo, na origem, manifestações doutrinárias de tratadistas formando um arcabouço jurídico que veio a constituir a ‘lei da terra’ ou ‘lei comum’. A ideia de que o direito é aquilo que os tribunais decidiam no passado, que os antepassados tinham por correto, está arraigada nessa tradição jurídica. Na *civil law*, modelo em que se enquadra o Brasil, o primado é da lei positivada. Isso, porém não significa que as decisões judiciais limitem-se a declarar ou descobrir o sentido da lei. O direito é fato, valor e norma. O texto escrito da lei, em si, pouco representa. O seu significado não é meramente extraído, mas construído, definido, não apenas a partir da letra da lei (que não deixa de ser elemento de grande importância), mas também dos valores sociais, políticos, econômicos e culturais reinantes na sociedade. Esse papel construtivo é atribuído não apenas aos órgãos judiciais, mas a todos aqueles que aplicam, vivenciam, diariamente o direito. Esse fenômeno, em algum grau sempre presente no direito da *civil law*, intensificou-se a partir da Segunda Guerra Mundial – até mesmo como uma reação ao fato de que um ordenamento positivado tenha se prestado a legitimar atrocidades como as praticadas pelo regime nazista. Estabeleceram-se sistemas de Constituições rígidas e se multiplicaram as normas com caráter principiológico e (ou) que empregam conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, de modo que, cada vez mais, a definição do sentido e alcance do comando normativo depende da consideração particularizada dos valores reinantes na sociedade. Nesse contexto, as decisões jurisdicionais assumem especial importância – seja para definir soluções para o caso concreto, seja para produzir diretrizes jurisprudenciais que contribuem para a própria conformação do ordenamento jurídico como um todo [...]. Assim, o CPC/2015 não inaugura um novo modelo de fontes do direito. O cenário acima descrito já se punha antes e independentemente dele. O Código, portanto, não é causador de nenhuma alteração de paradigmas. Antes, ele é o reflexo de paradigmas que foram gradativamente se alterando nos últimos cinquenta ou sessenta anos. As regras que atribuem força vinculante a determinados precedentes não alteram as balizas do direito material. São mecanismos eminentemente processuais – ainda que engendrados tendo-se em vista as necessidades e peculiaridades do atual sistema jurídico” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional** [processo comum de conhecimento e tutela provisória]. 21. ed. v. II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 763).

enunciados de súmula vinculante, os acórdãos de recursos repetitivos e os enunciados das súmulas do STF e STJ.

Outra disposição importante é a do art. 1.030, que autoriza o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido a negar seguimento a recurso extraordinário envolvendo matéria em relação a qual já se consignou não haver repercussão geral ou a recurso interposto contra decisão cujo teor está em consonância com o entendimento exarado em recursos repetitivos. Ou, ainda, a remeter o processo ao tribunal de origem para o exercício do juízo de retratação caso a decisão recorrida contrarie entendimento do STF ou do STJ exarado sob o rito dos repetitivos ou da repercussão geral.

Essas diretrizes também se estenderão ao recurso especial, independentemente da afetação para julgamento sob o rito dos repetitivos, caso aprovada a disposição contida no anteprojeto de lei proposto pelo STJ para regulamentação infraconstitucional da EC 125.

Por fim, além das funções constitucionalmente determinadas ao STJ, de que acima se tratou, há também aquela associada à aplicação do direito ao caso concreto, referenciada no art. 1.034 do CPC. Embora essa não seja a principal atribuição do STJ, uma vez admitido o recurso especial, incumbe-lhe julgar o caso concreto, aplicando o direito. Nessa etapa do julgamento, aprofunda-se o efeito devolutivo do recurso, devolvendo-se ao STJ o conhecimento dos demais fundamentos relacionados ao capítulo impugnado (art. 1.034, parágrafo único), exceto, evidentemente, se houver necessidade de reexame de fatos e provas, caso em que o recurso deverá ser remetido ao tribunal de origem para rejuízo da causa.

A atribuição de mais um filtro para admissibilidade dos recursos especiais em nada muda essa dinâmica de julgamento, de modo que o STJ permanece exercendo todas as funções constitucionais que lhe foram atribuídas mediante o processamento e julgamento desses recursos.

Trata-se, então, apenas e tão somente, de restringir a apreciação pelo tribunal a casos com elevada carga de transcendentalidade, de modo a sobre-exceder a esfera individual dos sujeitos envolvidos.

3 A EC 125/2022 E O ANTEPROJETO PARA REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL

Examinando o texto da emenda, vê-se que dispõe o § 2.º que, na interposição do recurso especial, deverá o recorrente demonstrar

a relevância das questões de direito infraconstitucional discutidas no caso, **nos termos da lei**, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento (grifo nosso).

A redação do dispositivo guarda profunda semelhança com a do art. 102, § 3.º, da CF, relativamente à repercussão geral.

A grande diferença repousa, todavia, na circunstância de que, quando o § 3.º foi introduzido no art. 102 pela EC/45, impôs-se ao Congresso Nacional que elaborasse, no prazo de 180 dias, projeto de lei para a regulamentação infraconstitucional da matéria. O mesmo não ocorreu quanto à alteração mais recente. O dispositivo apenas emprega a expressão “nos termos da lei”, postergando para um segundo momento essa regulamentação.

Na proposta do anteprojeto de lei para regulamentação da EC 125, elaborado pelo STJ, buscou-se definir o que seria, para fins de atendimento da nova exigência, a relevância da questão federal. Segundo consta no art. 2.º, § 1.º, do anteprojeto, que pretende inserir ao CPC o art. 1.035-A, a análise passará pela verificação da existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo, na mesma linha da redação conferida ao art. 1.035, § 1.º, que trata da repercussão geral.

Segundo lá consta, o recorrente deverá comprovar a presença da relevância em tópico específico e fundamentado, de modo que, desatendida essa forma, “o recurso será inadmitido”. Caso essa disposição seja aprovada nesses termos, é fundamental que, no plano prático, ela seja interpretada à luz da sanabilidade dos vícios de forma, da primazia da decisão de mérito e do dever de cooperação entre juiz e partes, diretrizes consagradas no CPC/2015 como norte da prestação da tutela jurisdicional. Como

já consignei em outra oportunidade, com Eduardo Talamini (2022), existe diferença entre a questão discutida não ser dotada de relevância, descumprindo-se substancialmente o requisito, e o recurso ser dotado dessa qualidade, porém, a parte deixar de adequadamente demonstrá-la em sua peça recursal.

Na redação do art. 105 da CF, com as alterações promovidas pela EC 125, o § 3.º veicula um elenco de situações em que a relevância da questão federal será presumida. São elas: (I) ações penais; (II) ações de improbidade administrativa; (III) ações cujo valor da causa seja superior a 500 salários mínimos; (IV) ações que possam gerar inelegibilidade; (V) quando o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do STJ; e (VI) em outras hipóteses previstas em lei.

Esse rol de hipóteses em que se considera presumida a relevância não constava do texto original da PEC 209/2012. Segundo destacam Rennan Thamay e Bernardo Silva de Seixas (2022), da leitura do dispositivo mencionado, percebe-se a preocupação do legislador com os recursos que possam ocasionar a restrição de direitos relativos à dignidade humana, como a liberdade (objeto de ações penais, ações de improbidade administrativa) ou que venham a impor limites a direitos políticos (ações que geram inelegibilidade).

Sem dúvida, em relação à presunção da relevância nessas primeiras hipóteses, não há o que se possa refutar. A ingerência estatal na liberdade dos indivíduos, assim como nos direitos políticos e os casos de improbidade administrativa devem inexoravelmente poder ser objeto de apreciação pelo tribunal superior.

Quanto ao disposto no inciso III, “ações cujo valor da causa seja superior a 500 salários mínimos”, há um ponto importante a ser considerado. É possível, no plano prático, que o valor da causa não reflita a importância sobre a qual efetivamente versará o recurso. E, além disso, pode ocorrer que a parte não tenha podido atribuir à causa valor compatível com aquele que será executado, em momento posterior, no cumprimento de sentença. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que nem mesmo o juiz, no curso da ação de conhecimento, consegue especificar o *an debeatur*, postergando tal definição para a ação de liquidação.

Não significa que esses casos jamais passarão pelo filtro da relevância. Em tais circunstâncias, caberá ao recorrente a incumbência de demonstrar, no caso subjacente, a presença da relevância.

Porém, pode ocorrer que, nessas circunstâncias, eventual recurso especial interposto na ação de conhecimento seja inadmitido por se considerar ausente o critério da relevância, apesar do zelo do advogado em buscar demonstrá-la, porém, em momento posterior, no bojo da liquidação, venha a se verificar que o processo efetivamente envolvia valor superior ao parâmetro do art. 105, §3.º, III.

No entender de Humberto Theodoro Jr. (2022), há nesse inciso um afastamento da transcendentalidade inerente ao sistema da repercussão geral. Para o autor, o valor da causa é significativo apenas para as partes envolvidas no processo, não havendo interesse social do ponto de vista desse critério.

Outra disposição que merece acurada reflexão é a do inciso IV, que veicula a relevância presumida do recurso especial interposto contra acórdão que contrariar **jurisprudência dominante** do STJ. É importante que se questione o que significa, em extensão, conteúdo e em termos práticos, a expressão “jurisprudência dominante”.

A princípio, é possível sustentar que o intérprete poderia se basear no próprio elenco do art. 927 do CPC: 1) decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; 2) enunciados de súmula vinculante; 3) acórdãos proferidos em IAC, IRDR ou em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; 4) enunciados das súmulas do STF e do STJ, em matérias constitucional e infraconstitucional, respectivamente; 5) orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os julgadores estejam vinculados.

A redação do Regimento Interno do STJ, no entanto, no art. 34, XVIII, *b*) e *c*), elenca cada uma dessas categorias como sendo coisas distintas.⁶

⁶ “Art. 34. São atribuições do relator:
(...)
XVIII - distribuídos os autos:

Considerando-se que legislador derivado empregou termo vago, é necessário que se analise mais a fundo o conceito, inclusive porque a interpretação do dispositivo, na pendência de maior regulamentação, pode dar margem a concepções destoantes acerca do delineamento do conceito de jurisprudência dominante.

Segundo tratei em texto antigo, específico sobre o tema,

a sociedade não pode ser lançada à busca ‘mágica’ do pensamento dominante, sem que se lhe dêem parâmetros objetivos e temporais para tanto, e que se lhe permita o acesso a dados organizados e quantificados pelos próprios Tribunais (Wambier, 2000, p. 81-87).

Sugeri na oportunidade – e mantenho esse posicionamento nos dias atuais – que a aferição da **jurisprudência dominante** fosse realizada com base em parâmetros puramente objetivos.

Em meu entender, à época registrado, para se estabelecer um critério objetivo, poderíamos reputar dominante a jurisprudência quando houvesse a reiteração de decisões majoritárias daquela Corte, no mesmo sentido, na proporção de 70% por 30%, durante um período preestabelecido (cinco anos, três anos ou dois anos, por exemplo, contados retroativamente). Somam-se, assim, critérios quantitativos e qualitativos.

Lá afirmei que poderíamos pensar na flexibilização da questão, admitindo a subida de recurso ao Superior Tribunal de Justiça, com base na jurisprudência dominante, na medida em que, naquele Tribunal Superior, houvesse demonstração de tendência à alteração do entendimento, o que poderia ser aferido pelo **estreitamento das proporções entre um e outro entendimentos**.

(...)

b) negar provimento ao recurso ou pedido que for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a **jurisprudência dominante** acerca do tema;

c) dar provimento ao recurso se o acórdão recorrido for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a **jurisprudência dominante** acerca do tema”.

Na sistemática que entrará em vigor tão logo haja a regulamentação infraconstitucional, penso que o próprio fenômeno caracterizado pelo movimento de alteração do entendimento poderá também ser empregado como fundamento para caracterização da relevância (ainda que não presumida).

Sobre o tema, Georges Abboud, Pedro França Aires e Matthäus Kroschinsky sustentam que a ideia de jurisprudência dominante não pode ser calculada apenas e tão somente por critérios quantitativos. No entender dos autores, “a verdadeira importância que uma orientação adquire no seio de um tribunal decorre da sua possibilidade de traduzir uma posição efetivamente madura a respeito de certo assunto” (Abboud; Aires; Kroschinsky, 2022, p. 241-261).

Os autores estabelecem os seguintes parâmetros mínimos e necessariamente cumulativos para caracterização da jurisprudência dominante:

- (1) ao menos duas decisões de um órgão efetivamente representativo da posição institucional daquele tribunal;
- (2) tratarem da mesma questão jurídica;
- (3) discussão técnica a respeito da questão; e
- (4) exposição clara dos fatos e razões que levaram o tribunal a adotar esta ou aquela posição (Abboud; Aires; Kroschinsky, 2022, p. 241-261).

Nesse contexto, sustentam os autores que o STJ deverá estabelecer, pela própria jurisprudência, quando seu entendimento sobre determinado tema se afigurar dominante. Esse exame de sua jurisprudência, contudo, não deve ser feito subjetivamente. Assim como sustento, os autores entendem que o STJ deverá se valer de critérios puramente objetivos, a partir do preenchimento de requisitos mínimos. Em suas palavras, “a jurisprudência não deveria se tornar dominante por força constitutiva de uma manifestação do respectivo Tribunal; antes, tal declaração tem um caráter declaratório de uma maturidade institucional a respeito do assunto” (Abboud; Aires; Kroschinsky, 2022, p. 241-261).

No elenco das hipóteses de presunção legal da relevância, o sexto e último inciso do § 3.º do art. 105 da CF consigna a presunção **em outras hipóteses previstas em lei**.

Apesar de a cláusula aberta permitir a inserção de novas hipóteses, penso que o legislador constituinte derivado deveria ter inserido nesse rol, de maneira expressa, o recurso interposto contra acórdão em ação civil pública, especialmente porque o STF, há não muito tempo, declarou a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei da ACP, extinguindo o limite territorial dos efeitos da decisão proferida nessa sistemática.

Possível consequência prática desse cenário é a de haver decisões com efeitos *erga omnes* em que a última palavra a respeito da questão jurídica ali tratada tenha sido dada por um tribunal local, diante da inexistência da presunção da relevância. A inserção dos recursos interpostos contra essas decisões no elenco da relevância presumida, como já destaquei em outro espaço, poderá atenuar a **estadualização** da interpretação do direito federal, ao menos nessas hipóteses (Wambier; Malafaia, 2023).

O mesmo raciocínio se aplica aos recursos especiais interpostos contra acórdãos de IRDR. Embora seja de fácil visualização a presença do pressuposto nessas circunstâncias, tal hipótese não foi inserida no elenco da relevância presumida, o que, em meu entender, deve ser objeto de atenção por parte do legislador ordinário na regulamentação infraconstitucional da matéria, para não relegar à discricionariedade do Tribunal a averiguação da existência ou não da relevância.

Também entendo, como já consignei em outro espaço, em coautoria, que a hipótese de interposição de recurso especial com fundamento no art. 105, III, *c*, da CF, com vista a garantir a uniformização da interpretação da lei federal no país, deve igualmente constar no elenco da relevância presumida, resguardada a incumbência ao recorrente de adequadamente demonstrar o dissídio jurisprudencial (Wambier; Malafaia, 2023).

O mesmo se diga quanto à defesa de garantias processuais asseguradas na Constituição Federal. A grande maioria dessas questões, quando submetidas ao STF, acaba por não ser lá apreciada sob o fundamento de se tratar de ofensa reflexa à Constituição (Tema 660 de Repercussão Geral). Logo, nos casos em que se reputar não estar caracterizada a relevância da questão federal, a última palavra sobre a garantia processual constitucionalmente consagrada será dada por tribunal local.

Na proposta de anteprojeto apresentada pelo STJ, o § 4.º do art. 1.035 proposto, ao tratar do tema, restringe-se a referenciar o elenco do art. 105, § 3.º, da CF. Contudo, nada impede que hipóteses de tamanha importância sejam acrescentadas no curso do processo legislativo.

Sobre a vigência da norma, o art. 2.º da EC dispõe que a relevância será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor da emenda. Nessa oportunidade, estabelece o dispositivo, a parte poderá atualizar o valor da causa para fins de caracterização da relevância presumida. A demonstração da relevância apenas poderá ser exigida após a regulamentação infraconstitucional (Wambier; Talamini, 2022).

Há muitos pontos que necessitam de melhor regulamentação antes da incidência da norma, para que possam ser adequadamente compreendidos e aplicados e também para que se possa conferir tratamento isonômico a todos os jurisdicionados.

Logo que promulgada a Emenda Constitucional, parte da doutrina, em sentido contrário, consignou a incidência imediata da exigência do pressuposto. Para Daniel Mitidiero (2022), a regulamentação infraconstitucional “é bem-vinda”, porém, não é imprescindível. No entender do autor, é possível, pelo emprego da analogia, transplantar a disciplina legal conferida à repercussão geral para fins de aplicação imediata da relevância da questão federal.

Há também autores que defenderam a aplicabilidade imediata do filtro da relevância apenas às questões expressamente estabelecidas no § 3º do art. 105, ou seja, aquelas em que a relevância se afigura presumida.⁷

No plano prático, em um primeiro momento, muitos adotaram a recomendação mais conservadora, realizando desde logo, na confecção das peças recursais, a comprovação do atendimento do pressuposto em tópico próprio.

⁷ Cf. DOTTI, Rogéria Fagundes. A relevância das questões de direito federal: a mutação funcional do STJ. In: **Relevância no REsp: pontos e contrapontos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico, p. RB-9.2.

Em outubro de 2022, porém, o Pleno do STJ aprovou o Enunciado Administrativo n. 8, estabelecendo que a indicação dos fundamentos da relevância da questão federal apenas passará a ser exigida para recursos interpostos contra acórdãos publicados após a entrada em vigor da lei regulamentadora.

Significa que, mesmo quando a lei regulamentadora for promulgada e passar a vigorar, a exigência não recairá sobre recursos interpostos contra decisões publicadas antes da entrada em vigor dessa lei, ainda que a interposição do recurso em si ocorra posteriormente.

Em relação à apreciação da presença da relevância em cada caso, Daniel Mitidiero sustenta que não competirá aos tribunais estaduais e regionais, no juízo provisório de admissibilidade do recurso especial, realizar essa avaliação. Para o autor, essa atribuição recairá sobre o órgão que realizará o julgamento do recurso especial, reservada aos tribunais locais a atribuição de “continuar decidindo a respeito dos outros requisitos que levam ou não ao conhecimento do recurso” (Mitidiero, 2022, p. RB-2.6.).

Outro aspecto de extrema importância a ser examinado no campo da exigência da relevância da questão veiculada no recurso especial diz respeito aos efeitos que serão conferidos à decisão que negar a presença da relevância. Questiona-se se tais efeitos se assemelharão ao regime da arguição de transcendência na esfera trabalhista ou ao da repercussão geral. Isto é, se tais decisões vincularão apenas o caso concreto ou impossibilitarão a apreciação de todos os outros recursos que versem idêntica questão de direito.

É bastante provável, dada a profunda semelhança entre o texto normativo do pressuposto da relevância e o da repercussão geral, que o legislador ordinário se incline a conferir à decisão negativa de relevância efeitos *erga omnes*.

Aliás, a disposição do anteprojeto de lei apresentada pelo STJ parece seguir esse caminho. Segundo a alteração proposta para o parágrafo único do art. 1.039 do CPC, uma vez reconhecida a relevância da questão de direito federal infraconstitucional, o relator no STJ poderá determinar a suspensão de todos os processos em trâmite em todo o país, sejam eles individuais ou coletivos.

E nas disposições finais, o art. 5.º explicita que

reconhecida ou recusada, pelo Superior Tribunal de Justiça, a relevância da questão de direito federal infraconstitucional, todos os efeitos processuais e materiais do julgamento deverão incidir em processos em andamento no Superior Tribunal de Justiça e nas instâncias de origem.

Caso essa disposição seja aprovada, os recorrentes terão que se valer do manejo do agravo interno para buscarem a subida do recurso mediante a aplicação da técnica da distinção (art. 1.030, § 2.º).

Em relação à qualificação e pluralidade do contraditório, o anteprojeto busca consagrá-lo mediante a autorização da manifestação de terceiros na análise da relevância (art. 1.035-A, § 5.º).

De maneira geral, o CPC/15, ao tratar da garantia do contraditório, não se restringiu à mera repetição da norma constitucional. O legislador redesenhou os contornos infraconstitucionais das garantias processuais impressas na Constituição, reiterando, especificando e aprofundando a regulação dos princípios fundamentais do processo, a partir de um amplo arcabouço de normas voltadas a conferir maior concretude ao contraditório⁸.

O que ocorre nos julgamentos no bojo dos quais se realiza a formação de precedentes não é a mitigação do contraditório, mas sua pluralização. Como já afirmei em diversas oportunidades, o contraditório, mais do que mera **ciência e reação** (que significa paridade de tratamento e bilateralidade da audiência), implica também na oportunidade de **plena participação** e de **efetiva influência** na formação do convencimento judicial.⁹

⁸ A respeito, ver WAMBIER, Luiz Rodrigues. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, v. 25, a. XXI, n. 2, jul./dez. 2016, p. 2-12.

⁹ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 76-77.

O contraditório é pluralizado porque há espaço para o debate abrangente e participativo. O que significa que existe, para quem não é parte do recurso em relação ao qual se averiguará a relevância da questão federal, a oportunidade de participação e influência na formação do convencimento do órgão quanto a sua presença, ou não.

Os outros dispositivos do anteprojeto se dedicaram a compatibilizar a nova exigência com a proposta de acréscimo da relevância da questão federal às disposições do CPC que tutelam a sistemática da repercussão geral.

Ao art. 927, o anteprojeto propõe a inserção do inciso III-A, indicando que o acórdão proferido em julgamento de recurso especial submetido ao filtro da relevância passe a vincular juízes e tribunais.

Em relação ao art. 932, aventa a inserção da alínea *b*) aos incisos IV e V, o que, em termos práticos, conferirá ao acórdão do recurso especial com relevância da questão federal força vinculante média, possibilitando-se o estreitamento e a simplificação do procedimento por meio da aplicação do entendimento consignado em acórdão antecedente.¹⁰

Quanto à proposta de alteração do art. 1.030 do CPC, note-se que, se levada a cabo, permitirá que o tribunal recorrido negue seguimento a recurso especial que discuta questão infraconstitucional federal cuja relevância não tenha sido reconhecida pelo STJ ou a recurso especial interposto contra acórdão em conformidade com o entendimento do STJ proferido sob o rito da relevância.

Além disso, segundo a proposta de nova redação do inciso II do mesmo artigo, o tribunal poderá remeter ao órgão julgador para juízo de retratação quando o acórdão recorrido divergir do entendimento do STJ sob o regime da relevância.

O anteprojeto também sugere a inserção do “recurso especial com relevância da questão de direito federal infraconstitucional reconhecida”

¹⁰ A respeito, cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 21. ed. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 765-766.

ao § 3.º do art. 979, que trata da ampla publicidade da instauração e julgamento dos recursos repetitivos e da repercussão geral. O faz igualmente em relação ao parágrafo único do art. 998, dispondo que a desistência do recurso pela parte não impedirá a análise da questão com relevância reconhecida.

A desistência manifestada pelo recorrente afetará apenas o espectro da situação individual concreta em que se encontre, operando-se o trânsito em julgado da decisão recorrida. O recurso extinto servirá apenas como base para o desenrolar do julgamento da questão federal que se reputou afigurar-se relevante. Nesse caso, a questão relevante será apreciada pelo STJ, contudo, o resultado do julgamento não produzirá nenhum efeito sobre o caso concreto versado no recurso de que a parte desistiu.¹¹

Dada a profunda similaridade da regulamentação proposta para o regime da relevância da questão federal infraconstitucional com o tratamento legislativo conferido à repercussão geral, à recorribilidade da inadmissibilidade de recurso com fundamento na relevância deverá incidir a mesma regra aplicável à repercussão geral: não caberá o agravo do art. 1.042, devendo a parte valer-se do manejo do agravo interno. Essa diretriz possivelmente acarretará o esvaziamento concreto do uso do AREsp.

Por fim, no art. 6.º do anteprojeto, consta a incumbência ao STJ de estabelecer, por meio de seu Regimento Interno, as normas procedimentais necessárias ao cumprimento da Lei. Deverá, por exemplo, definir o órgão competente para apreciação da relevância, o modo de votação (se por sistema eletrônico ou não), questões relacionadas à gestão das matérias com e sem relevância reconhecida, entre outros temas relevantes para que adequadamente se operacionalize a implementação, em nosso sistema processual, da exigência da presença da relevância das questões discutidas para admissibilidade dos recursos especiais.

¹¹ Ver WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: cognição jurisdicional** (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 21. ed. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 715.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de uma nova exigência para a admissibilidade dos recursos especiais se deve à necessidade de mitigação dos problemas com que se depara o STJ em decorrência do excessivo número de recursos submetidos a julgamento perante esse Tribunal. Fundamentou-se a inserção do novo requisito na necessidade de se propiciar ao STJ melhores condições para que possa exercer sua função constitucional de outorgar unidade ao direito federal infraconstitucional e uniformidade na interpretação da legislação federal, restringindo sua atuação a casos cujo impacto transcenda a esfera individual das partes.

Caberá ao legislador infraconstitucional a tarefa de conferir os contornos infraconstitucionais à nova exigência. O anteprojeto proposto pelo STJ traz a tônica que possivelmente se conferirá à regulamentação, aproximando-se o regime da relevância da questão federal ao da repercussão geral. Espera-se que, no curso do processo legislativo, novas e importantes hipóteses sejam acrescidas ao elenco da relevância presumida, garantindo-se a apreciação do STJ sobre questões relevantes para a vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; AIRES, Pedro França; KROSCHINSKY, Matthäus. Arguição de relevância em Recurso Especial: sistematização do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1045, p. 241- 261, nov. 2022.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**: precedentes no direito brasileiro. 4. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CUNHA, Guilherme Antunes da; SCALABRIN, Felipe. A relevância da questão federal como novo requisito de admissibilidade do Recurso Especial: reflexões iniciais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 16, v. 23, n. 3, p. 120-148, set./dez. 2022.

DOTTI, Rogéria Fagundes. A relevância das questões de direito federal: a mutação funcional do STJ. *In*: **Relevância no REsp**: pontos e contrapontos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico.

MITIDIERO, Daniel. **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico.

OSNA, Gustavo. Uma corte em “tragédia” pode ser suprema? Algumas notas sobre a relevância em recurso especial. *In: Relevância no REsp: pontos e contrapontos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico.

PUGLIESE, William Soares. Superior Tribunal de Justiça, precedentes e relevância. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 17, v. 24, n. 1, p. 468-495, jan./abr. 2023.

SERAU JR., Marco Aurélio; DANOSO, Denis. Relevância da questão federal como filtro de admissibilidade do Recurso Especial: análise das propostas de Emenda Constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. **Revista de Processo**, v. 224, p. 241-251, out. 2013.

THAMAY, Rennan; SEIXAS, Bernardo Silva de. A arguição de relevância do Recurso Especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 334, p. 185-203, dez. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Recurso Especial e a relevância da questão jurídica discutida. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, n. 270, dez. 2022, p. 4-5. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/8015>. Acesso em: 24 mar. 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, a. XXI, n. 2, jul./dez. 2016, p. 2-12.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MALAFAIA, Evie. O papel da Lei Regulamentadora na mitigação da estadualização da Lei Federal. *In: MARQUES, Mauro Campbell et al (coords.). Relevância da questão federal no recurso especial*. Londrina: Thoth, 2023.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: cognição jurisdicional. 21. ed. v. I e II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 100, p. 81-87, out./dez. 2000.

NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO APLICÁVEL
ÀS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO

Nelson Luiz Pinto

Renata Cristina Lopes Pinto Martins

Autores convidados

NOTAS SOBRE A PRESCRIÇÃO APLICÁVEL ÀS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO

NOTES ON THE LIMITATION APPLICABLE TO BANK CREDIT NOTES

Nelson Luiz Pinto

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de bacharelado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro, e Brasília. E-mail: nelsonpinto@npa.adv.br.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8121256503179271>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2676-7336>

Renata Cristina Lopes Pinto Martins

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora Assistente dos cursos de Doutorado e Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada em São Paulo, Rio de Janeiro, e Brasília. E-mail: renatapinto@npa.adv.br.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5366278292353083>

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-2936-0283>

SUMÁRIO: 1 NATUREZA JURÍDICA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESCRIÇÃO NO DIREITO CAMBIÁRIO. 3 PRAZO PRESCRICIONAL PARA A PROPOSITURA DE DEMANDAS JUDICIAIS TENDO POR OBJETO A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - NORMATIVA INCIDENTE. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O texto aborda os principais aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários envolvendo o prazo prescricional aplicável às demandas de cobrança de créditos constantes em cédulas de créditos bancários, perpassando pela análise da natureza jurídica do referido instituto, bem como pela análise das disposições relativas à prescrição prevista no Código Civil (norma geral) e das disposições específicas aplicáveis à matéria, em especial, às constantes na Lei Uniforme de Genebra e na Lei 10.931/04.

Palavras-chave: cédula de crédito bancário; natureza jurídica; demandas judiciais; prescrição; legislação aplicável.

ABSTRACT

The text addresses the main legal, jurisprudential and doctrinal aspects involving the statute of limitations applicable to demands for the collection of credits contained in bank credit notes, going through the analysis of the legal nature of the aforementioned institute, as well as the analysis of the provisions related to the statute of limitations foreseen in the Civil Code (general rule) and the specific provisions applicable to the matter, in particular, those contained in the Uniform Law of Geneva and in Law 10.931/04.

Keywords: bank credit note; legal nature; lawsuits; prescription; applicable legislation.

1 NATUREZA JURÍDICA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.

A natureza jurídica da Cédula de Crédito Bancário encontra-se bem definida e positivada na Lei nº10.931/2004, que dispõe e regulamenta

o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Câmbio Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário e altera o Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

No *Caput* do art. 26 da Lei nº 10.931/04 encontra-se disposta a seguinte definição:

A cédula de Crédito bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

Reforçando a força executiva do referido título de crédito, o legislador teve o cuidado de estabelecer, no art. 28 desse mesmo diploma, que:

A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos de conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Rubens Requião, enfatizando a importância prática da eficácia executiva das Cédulas de Crédito Bancário, ainda ressalta que:

[...] os títulos descritos estão sendo vistos como elemento necessário para a modernização dos instrumentos que corporificam os negócios bancários formalizados em grande escala, semelhante ao que ocorreu com a cédula rural, industrial e comercial, com a peculiaridade de que poderão ser utilizados pelas pessoas físicas. Serão instrumentos ágeis, pois a constituição de garantias poderá ser formalizada diretamente no texto da cédula comercial, dispensando a colaboração de cartórios, como no caso da hipoteca imobiliária (Requião, 2003, p. 616).

Amador Paes de Almeida, também discorre sobre a abrangência deste título nas mais variadas operações bancárias:

A Cédula de Crédito tem, pois, vasta amplitude [...]. Assim, pode ser igualmente utilizada pelas instituições financeiras como garantia resultante do fornecimento de cartões de crédito, em substituição aos usuais contratos, já que admite utilização parcelada do crédito colocado à disposição do emitente (Almeida, 2018, p. 337).

Dispondo de forma mais generalista acerca da força executiva, Victor Eduardo Rios ainda assevera que:

[...] os títulos de crédito gozam de maior eficiência em sua cobrança, já que, nos termos do art. 784, I do Novo Código de Processo Civil, são títulos executivos extrajudiciais. Aliás, dentre os títulos enumerados em tal Codex, são os que apresentam maior liquidez e certeza. Basta, pois, sua apresentação em juízo para que se dê início ao processo de execução, ficando dispensada a prévia ação de conhecimento (Gonçalves, 2016, p. 11).

Com efeito, diante da clareza e higidez das disposições constantes na legislação especial que regulamenta a matéria, não há como se negar à Cédula de Crédito Bancário a natureza jurídica de Título de Crédito, dotado de força executiva, com a incidência de toda a normativa atinente ao microsistema do direito cambiário.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESCRIÇÃO NO DIREITO CAMBIÁRIO

No que concerne à prescrição, em uma concepção geral, o art. 189 do Código Civil dispõe expressamente 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.” (grifo nosso).

Em face desta previsão normativa, não existem maiores controvérsias na doutrina e jurisprudência pátria no sentido de que a prescrição é instituto de natureza material, que tem relação direta com a violação de um direito, e que, em virtude dessa violação, emerge, para o seu titular, a possibilidade do exercício de uma pretensão em juízo para recomposição do direito violado.

Nessa linha de intelecção, também surgiram as previsões normativas acerca dos prazos prescricionais, como forma de estabilizar as violações existentes, de modo que, após o decurso do lapso temporal previsto nas referidas disposições normativas, a pretensão do titular de um direito violado não poderá mais ser exercida em juízo. O instituto da prescrição, portanto, foi também uma forma encontrada pelo legislador para garantir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ao discorrer sobre o instituto da prescrição, Fachin e Frank ressaltam que:

[...] a prescrição não extingue a ação propriamente dita, mas a pretensão, ou seja, a exigibilidade de determinado direito. [...] Assim, poder-se-ia dizer que a prescrição é o ato-fato, decorrente da inércia do titular de determinado direito subjetivo, que gera o encobrimento da eficácia deste pela perda da sua pretensão (exigibilidade), sendo, pois, seu fundamento a busca pela estabilidade das relações sociais.

O artigo 189 do Código Civil dispõe 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.

De longa tradição, o Código Civil estabelece um prazo genérico, o qual se aplica quando inexistente prazo específico, conforme dispõe o seu artigo 205: “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor” (Fachin; Frank, 2012, p. 5).

Nessa mesma ordem de ideias, Humberto Theodoro Júnior consigna 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. O direito subjetivo, embora desguarnecido da pretensão, subsiste, ainda que de maneira débil (porque não amparado pelo direito de forçar o seu cumprimento pelas vias jurisdicionais), tanto que se o devedor se dispuser a cumpri-lo, o pagamento será válido e eficaz, não autorizando a repetição do indébito (art. 882) [...].

A razão de ser da prescrição alia-se à pacificação social, decorrente da estabilização dos conflitos, pois se não existisse um marco final para que se pudesse exigir o adimplemento de uma obrigação, certamente existiria uma enorme insegurança nas relações jurídicas, em razão da existência de uma litigiosidade perpétua. [...] (Theodoro Jr., 2003, p. 152).

Transferindo essa perspectiva para o direito cambiário, tem-se que, uma vez inadimplido o crédito previsto em determinado título, portanto, quando for violado o direito de crédito do seu titular (credor), surge para ele a pretensão creditícia, qual seja, a legítima possibilidade de exercer todos os meios judiciais disponíveis à reparação do seu direito lesado e conseguir, por fim, o adimplemento do seu crédito.

Ocorre que essa possibilidade, como já adiantado, não pode ser exercida indefinidamente, sob pena de ocasionar uma enorme instabilidade social. Em face disso, o exercício da pretensão do credor cambiário também foi delimitado no tempo pelo legislador, nas diversas disposições que regulamentam a matéria.

José Fernando Simão sustenta que essas disposições legais acerca da prescrição possuem duas vertentes. Além de conferir segurança jurídica aos jurisdicionados, também objetivam imprimir “celeridade na prestação jurisdicional, como decorrência de uma política judiciária de redução de processos” (Simão, 2013, p.72).

Com efeito, além de garantir estabilidade social, a previsão de prazos prescricionais também surge a partir de uma perspectiva de política legislativa, sendo mais um valoroso mecanismo para minimizar os efeitos deletérios do tempo nas relações processuais instauradas.

Feito esse breve introito, passemos a uma ligeira análise do instituto da prescrição e a sua repercussão nas mais variadas espécies de títulos de créditos existentes.

Os títulos de créditos mais usuais são: a letra de câmbio, a cédula de crédito bancário, a nota promissória, o cheque e a duplicata. Para cada um desses títulos existe uma previsão legal específica, com os prazos prescricionais a eles incidentes, que, se não exercido pelo credor da cártula no referido lapso temporal, também perderão a eficácia executiva.

A Cédula de Crédito Bancário, na definição de Fabio Ulhoa Coelho, consiste em

promessa de pagamento em dinheiro emitida pelo cliente mutuante em favor do banco mutuário, cuja liquidez pode decorrer da emissão, pelo credor, de extrato de conta corrente ou planilha de cálculo. Além de facilitar e baratear o acesso ao crédito bancário, esses títulos dão ensejo à execução judicial em caso de inadimplemento (Coelho, 2005, p. 477).

O prazo prescricional incidente a esta espécie cambial é de **três anos**, e está previsto no art. 44 da lei nº 10.931/04 c/c o art. 70 da Lei Uniforme de Genebra.

A letra de câmbio, por sua vez, consubstancia uma ordem de pagamento dirigida pelo sacador ao sacado, sendo que existe um terceiro nessa relação, denominado de tomador, que aparece como o credor da operação (Almeida, 2005).

O prazo prescricional para o exercício da pretensão de crédito constante na letra de câmbio também é regido pelo art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (Dec. Lei nº 57.663/66), submetendo-se, portanto, ao mesmo

prazo trienal de caducidade das cédulas de crédito bancário. Entretanto, as ações do portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem em prazo menor, qual seja, no prazo de um ano, sendo que as ações movidas entre os endossantes (de uns contra os outros) prescrevem em apenas seis meses, a fluir a partir do dia em que o endossante quitou a letra ou do dia em que ele próprio foi acionado.

A nota promissória, na definição de Frans Martins (1995), consiste em: “[...] promessa de pagamento de certa soma em dinheiro, feita, por escrito, por uma pessoa, em favor de outra ou à sua ordem” (Martins, 1995, p. 377), sendo a ela incidente também o **prazo prescricional trienal**, constante no art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, por remissão expressa constante no art. 77 do mesmo diploma, que também prevê a aplicação à nota promissória de todas as disposições atinentes às Letras de Câmbio.

Com relação ao cheque, este título reflete uma “ordem de pagamento, à vista, dada a um banco ou instituição assemelhada, por alguém que tem fundos disponíveis no mesmo, em favor próprio ou de terceiro” (Martins, 2013, p. 281).

A prescrição incidente aos cheques é regulada pelo art. 59 da Lei nº 7.357/85, com previsão, no *caput* do referido dispositivo, no sentido de que: “prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador”. O parágrafo único complementa essa previsão, dispondo que: “a ação de regresso de um obrigado ao pagamento do cheque contra outro prescreve em 6 (seis) meses, contados do dia em que o obrigado pagou o cheque ou do dia em que foi demandado”.

O art. 33 dessa mesma lei especial ainda prevê prazos distintos para apresentação dos cheques, que variam de acordo com a praça em que vierem a ser emitidos, dispondo que: “o cheque deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago; e de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior.”

É importante ressaltar, conforme se denota da previsão constante no art. 59 da Lei nº 7.357/85, que a contagem do prazo prescricional para o exercício da pretensão executiva pelo credor do referido título somente iniciará com a finalização do respectivo prazo de apresentação.

A duplicata, por outro lado, é um título de crédito de natureza causal, ou seja, ele somente pode ser emitido a partir de duas operações especificadas em lei, quais sejam, a compra e venda mercantil ou a prestação de serviços, conforme previsão constante nos arts. 2º e 20 da Lei 5.474/68 (Lei das duplicatas).

Com relação à prescrição incidente às duplicatas, esta encontra-se prevista no art. 18 da referida legislação, com previsão no seguinte sentido:

A pretensão à execução da duplicata prescreve:

I - contra o sacado e respectivos avalistas, em 3 (três) anos, contados da data do vencimento do título;

II - contra endossante e seus avalistas, em 1 (um) ano, contado da data do protesto;

III - de qualquer dos coobrigados contra os demais, em 1 (um) ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título.

Essas são as principais previsões, constantes em lei especial, acerca dos prazos prescricionais incidentes aos títulos de créditos mais usuais. É importante ressaltar, também nesse ponto, que o título de crédito prescrito sequer pode ser alvo de protesto.

Alertando sobre as consequências jurídicas advindas do protesto de título de crédito já atingido pela prescrição, Armindo de Castro Júnior (2009) assevera que: “[...] o protesto de título prescrito demonstra-se como ineficaz como meio de conservação de direitos, configurando-se, portanto, conduta abusiva do credor, passível de reparação civil.”

Logo, além de o instituto da prescrição afetar diretamente a própria força executiva dos referidos títulos, ele tem relevante impacto nas demandas de conhecimento a serem propostas, obstando, inclusive, a realização de protestos extrajudiciais, como artifício de coerção indireta a ser utilizado pelo credor cambiário, para compelir o devedor a adimplir o débito.

Diante dessas disposições específicas, constantes nas legislações que disciplinam os referidos títulos de créditos, seja ele causal ou não, não há como se desconsiderar a importância prática de toda essa normatização envolvida.

3 PRAZO PRESCRICIONAL PARA A PROPOSITURA DE DEMANDAS JUDICIAIS TENDO POR OBJETO A CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - NORMATIVA INCIDENTE.

Partindo da premissa constante nos tópicos anteriores, qual seja, de que a Cédula de Crédito Bancário constitui título de crédito dotado de força executiva, portanto, sendo a ela aplicável toda a normativa do direito cambiário, passa-se à análise sistêmica do disposto no Código Civil de 2002, na Lei Uniforme de Genebra e, também, na lei especial que a regulamenta (Lei nº 10.931/04), a fim de confrontar as diversas disposições acerca dos prazos prescricionais nos referidos diplomas, para que, finalmente, se conclua qual o prazo prescricional aplicável às demandas de cobrança dos créditos dispostos nos referidos instrumentos.

Inicialmente, é importante esclarecer que a convenção para a adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias foi recepcionada pelo governo brasileiro em 24 de janeiro de 1966, através do Decreto Lei nº 57.663/66, que promulgou a Lei Uniforme de Genebra. A partir da promulgação desta compilação normativa, passou-se a haver uma positivação expressa e específica da matéria da prescrição no microsistema cambiário, a ser aplicada a todos os títulos de créditos, desde que as regulamentações específicas não dispusessem em sentido contrário.

No Capítulo XI, art. 70 da Lei Uniforme de Genebra (LUG), tem-se a disposição no sentido de que “**todas as ações contra o aceitante relativas a letras prescrevem em 3 (três) anos a contar do seu vencimento.**” (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando o referido dispositivo, fixou o entendimento no sentido de que, quando houver previsão no título para o pagamento em parcelas sucessivas, o termo inicial do referido prazo prescricional contar-se-á a partir do vencimento da última parcela, ainda que tenha ocorrido o vencimento antecipado da dívida.

Nesse sentido, verifica-se o precedente da Terceira Turma, julgado em 18/11/2019, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, *verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PRESCRIÇÃO TRIENAL CONTADO

DO VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA. ENTENDIMENTO ESTADUAL DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O acórdão combatido guarda consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, **no sentido de que o transcurso do prazo prescricional, em hipóteses como a dos autos, inicia-se a partir do vencimento da última prestação, e não do vencimento antecipado da dívida.** Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Agravo interno desprovido.¹ (grifo nosso).

Com os olhos voltados à literalidade do referido dispositivo, também se constata a ênfase conferida pelo legislador, ao ressaltar que o aludido prazo prescricional deve ser observado para **todas as ações** a serem propostas contra o aceitante. Ou seja, a disposição normativa é clara no sentido de que o referido prazo prescricional é aplicável para o exercício de **todas** as investidas judiciais contra o aceitante, sob pena de caducidade.

No ano de 2002, entrou em vigor o Novo Código Civil no Brasil, onde também foi disciplinada a matéria da prescrição no art. 206 e parágrafos, com a previsão do mesmo prazo prescricional trienal, para o exercício da pretensão de pagamento das quantias constantes em títulos de créditos.

A fim de evitar possível colisão entre as referidas disposições normativas com previsões em sentido contrário constantes em norma especial, o legislador teve o cuidado de fazer expressa reserva de subsidiariedade no § 3º, VIII, do art. 206 do Código Civil, com a seguinte ressalva: prescreve em três anos a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, **ressalvada as disposições de lei especial**. Essa reserva de subsidiariedade, também pode ser extraída do disposto no art. 903 do mesmo diploma: “**salvo disposição diversa em lei especial**, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código.”

¹ STJ - AgInt no AREsp: 1534625 SP 2019/0192569-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 18/11/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2019.

Deveras, todas essas disposições constantes no diploma civilista remetem às leis especiais, que compõem o microsistema cambiário (Lei dos Cheques, Lei das Duplicatas, Lei Uniforme de Genebra – D 57633/66, Lei nº 10.931/04, dentre outras).

Com a entrada em vigor da Lei nº 10.931/04, regulamentando a Cédula de Crédito Bancário, também fazendo remissão expressa à norma geral cambiária (da qual a LUG faz parte), para a supressão de eventuais lacunas, não pairam mais dúvidas sobre a aplicação do prazo prescricional para a propositura das ações envolvendo a cobrança de quantias constantes no referido título.

Isso porque, muito embora a Lei nº 10.931/04 não tenha regulamentado de forma expressa o prazo prescricional incidente, ela elegeu, no art. 44, a norma cambial para a supressão das omissões. E, como há previsão expressa acerca do tema no art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, que estabelece diretrizes específicas do sistema cambial, não há que se cogitar a utilização do Código Civil para tanto.

É importante ressaltar, inclusive, que a referida norma passou a vigorar a partir do ano de 2004. Assim, também pelo critério da sucessão de leis no tempo, tem-se que as disposições constantes no Código Civil de 2002, que eventualmente venham a conflitar com as da Lei especial nº 10.931/2004, não poderiam jamais prevalecer em prejuízo às disposições desta.

Dito de outra maneira, ainda que se pudesse sustentar qualquer conflito entre as suas disposições com as constantes no Código Civil, este conflito seria somente aparente (antinomia aparente de normas) e poderia ser facilmente solucionado pelos critérios da cronologia e da especialidade, sendo certo que sob ambos os aspectos sempre prevalecerão as disposições constantes na Lei Especial nº 10.931/04, que regulamenta de forma específica a Cédula de Crédito Bancário, em detrimento das disposições conflitantes dispostas no diploma civilista.

Ressalte-se, como bem assevera Carlos Maximiliano, ao discorrer sobre os métodos de interpretação legislativa, que:

o processo Lógico propriamente dito consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com

aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à lógica geral. Pretende do simples estudo das normas em si, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter a interpretação correta (Maximiliano, 1998, p. 123 e 128).

Sendo assim, diante da clareza dessas previsões normativas, atendo-se a uma interpretação lógico-sistêmica do ordenamento jurídico, não há como se sustentar que nas hipóteses em que a cédula de crédito tenha perdido a sua força executiva, ou seja, nos casos em que a pretensão de cobrança seja exercida pelo credor através da ação de conhecimento, o regramento aplicável à prescrição seja o disposto no art. 206, § 5º, I do Código Civil, que traz a previsão no sentido de que prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular.

Ocorre que, inobstante toda essa previsão constante na lei especial (art. 70 da Lei Uniforme de Genebra c/c art. 44 da Lei nº 10.931/2004), a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.940.996/SP², fixou o entendimento no sentido de que, após a prescrição da pretensão executiva, ainda é possível que a cobrança ocorra por meio de ações causais, pelo procedimento comum ou monitório, no qual o título serve apenas como prova, e não constitui mais título executivo extrajudicial, concluindo que, como consequência, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação causal não é o mesmo da ação cambial, devendo a prescrição ser regulada, nesses casos, pelo prazo incidente sobre o negócio jurídico subjacente.

Com todas as vênias ao referido entendimento, diante de tudo o quanto exposto, não há como se sustentar que somente pelo fato de a Cédula de Crédito Bancário ter perdido a sua eficácia executiva ela perderia automaticamente a sua natureza cambial, regida por lei especial, com previsão específica acerca do prazo prescricional aplicável, e passaria a

² STJ - REsp: 1940996 SP 2019/0328417-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CÚEVA, Data de Julgamento: 21/09/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2021.

ser equiparada a um instrumento particular qualquer, atraindo, em tese, a normativa geral constante no art. 206, § 5º, I do Código Civil.

Partindo da premissa de que não há como se alterar a natureza jurídica de um título cambiário somente por ele ter perdido a sua força executiva, tese da qual me filio, conclui-se que o art. 70 da LUG é o único dispositivo a ser aplicado nas ações envolvendo as Cédulas de Crédito Bancário.

Comungando desse entendimento, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao discorrerem sobre a matéria da prescrição, também defendem a aplicação do prazo prescricional trienal previsto no **art. 70 da LUG**, para o ajuizamento de **todas** as demandas envolvendo perseguição de créditos constantes em títulos que integram o microsistema cambial. Confira-se:

Tanto para as pretensões executivas, como para as de conhecimento, a prescrição é trienal, se na lei especial não constar prazo diverso (CC 903). São leis especiais que versam sobre títulos de crédito, entre outras, as LCB, LDup e LUnif –D 57633/66 (Nery Junior; Nery, 2014, p. 589).

Fábio Ulhôa Coelho também sustenta que:

O CC/02 contém normas sobre títulos de crédito (arts. 887 a 926) que se aplicam apenas quando compatíveis às disposições constantes de lei especial (art. 903). De modo sumário, são normas de aplicação quase-supletiva. A rigor, se são aplicáveis apenas quando há normas compatíveis na lei especial, então nem supletivas seriam, já que estas se destinam a suprir lacunas em regramentos jurídicos específicos. De qualquer modo, são normas que não revogam nem afastam a incidência do disposto na Lei Uniforme de Genebra, Lei do Cheque, Lei das Duplicatas, Decreto nº. 1.103/1902 e demais diplomas legislativos que disciplinam algum título particular (próprio ou impróprio).

As normas sobre títulos de crédito do CC/02 só se aplicam quando a lei especial (LUG, LC, LD, etc.) disciplina o assunto de igual modo. Se esta contiver dispositivo com comando diverso não se aplica o Código Civil (Coelho, 2006, p. 384).

Muito embora a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça tenha firmado um posicionamento divergente acerca do prazo prescricional aplicável às ações de conhecimento lastreada em cédulas de crédito bancário **sem força executiva**, aquela Corte Superior não nega a sua natureza de título de crédito e a existência de norma especial incidente, conforme se denota de outro judicioso precedente, REsp nº 1.647.380/SP, da Relatoria do Ministro Moura Ribeiro:

[...] A jurisprudência do STJ, na esteira da literalidade do art. 26 e 28 da Lei n. 10931/04, vem entendendo que a Cédula de Crédito Bancário **é título de crédito com força executiva** (REsp 1291575/PR, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/08/2013).

Por outro lado, **nos termos do que dispõe o art. 44 da Lei n. 10.931/04, aplica-se às cédulas de crédito bancário, no que couber, a legislação cambial, de modo que, à falta de prazo específico na mencionada norma, mostra-se de rigor a incidência do art. 70 da LUG, que se apresenta, no cenário jurídico, como uma espécie de norma geral do direito cambiário.**

Com efeito, é inaplicável o prazo do atual Código Civil ao caso em exame, que trata de execução de título de crédito, haja vista que o Diploma de 2002 fez expressa reserva de subsidiariedade nos arts. 206, § 3º, VIII e 903. Nesse sentido, são os seguintes precedentes: REsp 1.352.704/MG, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 19/02/2014; REsp 1339874/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 09/10/2012. [...] (grifo nosso)

Sendo assim, em face deste outro precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça, que confirma a natureza cambial do título em questão e a legislação a ele aplicável, entendemos que o prazo prescricional **incidente a todas as ações (incluindo as de conhecimento) a serem propostas em face do sacado**, aceitante da Cédula de Crédito Bancário, deve ser o previsto na normativa especial que regulamenta a matéria (art. 70 da LUG).

O legislador não fez restrição, muito pelo contrário, o texto de lei é muito claro no sentido de que o prazo prescricional ali disposto deve ter **repercussão em todas as investidas contra o aceitante**.

E tal disposição normativa teve uma razão de ser, qual seja, atribuir segurança jurídica ao aceitante, a fim de que não ficasse indefinidamente, ou por longo período, refém de uma relação cambial que é dotada de circulabilidade, preservando-se, assim, a finalidade do instituto da prescrição.

4 CONCLUSÃO

Em face de toda a argumentação supra, com todo o respeito às opiniões em sentido contrário, para nós não restam dúvidas de que o prazo prescricional a ser observado pelo credor, para a propositura de todas as demandas judiciais contra o sacado/aceitante, objetivando o adimplemento de quantias dispostas em Cédula de Crédito Bancário, é de **3 (três) anos, a contar do seu vencimento**, conforme previsão normativa expressa constante no art. 44 da Lei nº 10.931/04, combinado com o disposto no art. 70 da Lei Uniforme de Genebra.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 337.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Teoria e prática dos títulos de crédito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

CÁSTRO JUNIOR, Armindo de. Cobrança de cheques prescritos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2120, 21 abr. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12654/cobranca-de-cheques-prescritos>. Acesso em: 16 fev. 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 477.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 384.

FACHIN, Edson; FRANK, Felipe. Problematizações sobre a unicidade da interrupção prescricional do artigo 202 do Código Civil Brasileiro. *In*: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (org.). **10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 5.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de crédito e contratos mercantis**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 22. p. 11.

MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Atual. por Joaquim Penalva Santos; Paulo Penalva Santos. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 281.

MARTINS, Fran. **Título de crédito**: letra de câmbio e nota promissória. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 377.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 123 e 128.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A.. Código civil comentado. 11. ed. rev, atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 589.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 616.

SIMÃO, José Fernando. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arts. 185 a 232. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 152

A POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE
REDES SOCIAIS COMO MEDIDA ATÍPICA
COERCITIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Délis Vivianne de Azevêdo Siqueira Campos

A POSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE REDES SOCIAIS COMO MEDIDA ATÍPICA COERCITIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO*

THE POSSIBILITY OF BLOCKING SOCIAL MEDIA AS AN ATYPICAL COERCIVE MEASURE IN THE ENFORCEMENT PROCESS

Délis Vivianne de Azevêdo Siqueira Campos

Délis Vivianne de Azevêdo Siqueira Campos é pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e pós-graduanda em Direito Privado pela Faculdade Legale. Atualmente (2025), integra o Programa de Residência Jurídica (Estágio de Pós-Graduação) do Ministério Público do Estado do Piauí. É bacharela em Direito pelo Centro Universitário Uninovafapi (2022), ano em que também foi aprovada no XXXIII

Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. É coautora do artigo “A extensão do prazo da licença-maternidade ao pai em face do princípio constitucional da isonomia e o pleno exercício do poder familiar”, publicado na Revista Científica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Piauí, v. 10, n. 1, jan./jun. 2022. Além do mais, atuou como estagiária de graduação no Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI) e na Junta Comercial do Estado do Piauí (JUCEPI).

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. 2.1 PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE. 2.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. 2.3 PRINCÍPIO EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2.4 PRINCÍPIO MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO. 3 MEDIDAS ATÍPICAS E A AUSÊNCIA DE CARÁTER PUNITIVO. 4 O BLOQUEIO DE REDES SOCIAIS COMO MEDIDA EXECUTIVA INOMINADA COERCITIVA E OS REQUISITOS PROPOSTOS PELA JURISPRUDÊNCIA E PELA DOUTRINA BRASILEIRA PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS EM GERAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo tratará sobre a possibilidade do bloqueio de redes sociais do executado como medida executiva atípica coercitiva à luz do art. 139, IV, do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 e da jurisprudência mais recente dos tribunais brasileiros. A partir de tais premissas, analisou-se o uso dessa medida executiva atípica sob a ótica dos principais princípios que norteiam o processo de execução brasileiro, dentre eles o princípio da patrimonialidade, da eficiência, da efetividade da tutela jurisdicional e da menor onerosidade da execução. Ademais, averiguou-se a diferença entre medida inominada e as providências de cunho punitivo. Por fim, observou-se a posição da jurisprudência majoritária e da doutrina nacional acerca de tal medida e quais critérios para sua aplicação no cotidiano da prática forense.

Palavras-chave: processo civil; medidas atípicas de execução; artigo 139, IV, do código de processo civil; bloqueio; redes sociais.

ABSTRACT

This article addresses the possibility of blocking a debtor's social media accounts as an atypical coercive enforcement measure under Article 139, IV, of the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure and in light of the most recent case law from Brazilian courts. Based on these premises, the use of this atypical enforcement measure is analyzed through the lens of the main principles guiding the Brazilian enforcement process, including the principles of patrimoniality, efficiency, effectiveness of judicial protection, and minimal burden of enforcement. Furthermore, the distinction between unnamed measures and punitive actions is examined. Finally, the article discusses the prevailing judicial and doctrinal positions on this measure and the criteria for its application in everyday legal practice.

Keywords: civil procedure; atypical enforcement measures; article 139, IV, of the code of civil procedure; blocking; social media.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com os últimos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do “Justiça em números 2023”¹, tem-se que os processos judiciais em fase de execução constituem grande parte do acervo processual em trâmite no primeiro grau (justiça comum e juizados especiais), além de ser a etapa de maior morosidade. Diante desse cenário, é importante a viabilização de meios que desafoguem o Poder Judiciário além de tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Nessa toada e sob a perspectiva da nova ordem constitucional e processual oriunda da Constituição Federal de 1988 e do Código de

¹ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em Números 2023*. Brasília: 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 27 out 2023.

Processo Civil de 2015, o Judiciário Brasileiro vem buscando meios mais eficazes e adequados para satisfazer as necessidades dos jurisdicionados na fase executiva, tais como as medidas executivas atípicas, que servem como verdadeiras cláusulas gerais de efetivação da tutela jurisdicional.

É importante destacar que as medidas executivas atípicas ou inominadas têm fundamento no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil que prevê o poder-dever de o magistrado “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, independentemente da natureza da obrigação.

Assim, com fulcro nesta cláusula genérica de atuação do Estado-Juiz, cogita-se o bloqueio de contas de redes sociais com vistas a compelir, ainda que psicologicamente, o devedor a cumprir suas obrigações, caso contrário terá suspenso temporariamente suas contas de redes sociais as quais, atualmente, são comumente utilizadas tanto para o entretenimento e publicidade, quanto para geração de emprego e renda.

Diante dessa conjuntura, surge o seguinte questionamento: é possível adotar o bloqueio de redes sociais como medida executiva para coagir, ainda que psicologicamente, o devedor a adimplir com sua obrigação? E sendo positiva a resposta, quais os requisitos para aplicação de tal providência?

À vista disso e considerando a pressurosa necessidade de desafogar o Poder Judiciário brasileiro e tornar efetiva suas decisões, este artigo é relevante no sentido de trazer à tona a importância e a necessidade da aplicação das medidas atípicas consubstanciadas no poder diretivo concedido ao juiz no art. 139, IV, do CPC, com vistas a tornar a prestação jurisdicional mais célere, satisfatória e adequada tanto ao caso concreto quanto à realidade social tecnológica vivenciada no século XXI.

Nesse contexto, o presente artigo visa analisar a possibilidade de bloqueio de redes sociais como medida atípica à luz dos pilares do processo de execução. Para isso, pretende-se rememorar os princípios norteadores da fase de execução e identificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dos Tribunais Superiores e de alguns dos principais

Tribunais de Justiça Estaduais do Brasil, acerca da possibilidade e dos requisitos para a aplicação de uma medida inominada.

Para tanto, adotou-se o método da pesquisa bibliográfica documental para a confecção deste artigo por intermédio do levantamento de informações e conhecimentos provenientes de leis, doutrinas jurídicas, artigos científicos e principalmente do posicionamento majoritário e mais atual dos Tribunais Superiores e Estaduais brasileiros acerca deste assunto, por meio da jurisprudência nacional e regional.

Dessa forma, com fins didáticos e para melhor compreensão do assunto, este artigo está organizado em três macro tópicos que abordarão, respectivamente: princípios gerais que norteiam o processo brasileiro de execução, a inexistência de caráter punitivo das medidas inominadas e, por fim, uma sucinta análise jurisprudencial e doutrinária acerca do bloqueio das redes sociais como medida executiva atípica e os requisitos consolidados na jurisprudência para aplicação de tal medida.

2 PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Para melhor entendermos e aplicarmos o direito ao caso concreto, é importante além de nos atermos ao texto legal, buscarmos compreender a essência da hermenêutica, do contexto da letra da lei e suas fontes basilares. Assim, Gagliano e Filho (2019, p. 74) entendem que as fontes do direito são meios que formam ou estabelecem a norma jurídica, isto é, são instâncias de manifestação normativa. Nesse ínterim, de acordo com os referidos autores, considera-se como fontes do direito a legislação, os costumes, a jurisprudência, a doutrina, a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade.

Nessa perspectiva, os princípios gerais do direito servem como balizadores e norteadores fundamentais para aplicação do direito diante do caso concreto principalmente quando há omissão, dubiedade, ambiguidade e lacunas. Isso graças ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Brasil, 1988) que em se tratando de omissão legislativa, prevê que o magistrado poderá justificar seus pronunciamentos utilizando a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Somado a isso, conforme Câmara (2023, p. 259), para que os meios executivos - típicos ou atípicos - sejam bem empregados, é necessário a total observância aos princípios constitucionais que norteiam o processo de jurisdição brasileira, posto que todo e qualquer ato judicial deve ser fundamentado com base nas fontes primárias e secundárias do direito, nos termos do art. 93, inciso IX, da CF/88 c/c art. 11, do CPC/15.

Portanto, é importante rememorar que a fase executiva processual é regida tanto por princípios do direito em sentido *lato sensu* e do direito processual, quanto por princípios próprios dessa fase, dentre os quais esmiuçamos, neste estudo, apenas quatro daqueles que achamos mais pertinentes e relevantes para a aplicação das medidas executivas atípicas. Vejamos:

2.1 PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE

A responsabilidade patrimonial é instituto próprio do direito processual entendida por Neves (2023, p. 795) como a possibilidade de determinado patrimônio se sujeite à satisfação do direito substancial do credor, posto que, na visão de Lemos (2023, p. 500), tais medidas expropriatórias não podem ser utilizadas como meios de constrição pessoal.

Nesse viés, Lopes Júnior (2023, p. 822) destaca que a execução não recai sobre o indivíduo executado, mas tão somente sobre seus bens, o que nos leva a concluir que a execução é de cunho real. Sendo assim, depreende-se que o princípio da patrimonialidade assegura que a responsabilidade da execução somente pode recair sobre os bens do devedor, em sentido amplo, e atrelado ao conceito de patrimônio, seja ele material ou imaterial, tangível ou intangível, físico ou virtual; tornando inviável a satisfação do crédito no corpo do executado, com vistas a consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana, consolidado no art. 1.º, inciso III, da CF/88.

Assim, a dignidade da pessoa humana é definida por Lenza (2017, p. 1.571) “como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno” e que em casos de colisões principiológicas, tal princípio dará orientações necessárias para solucionar o conflito. Por isso, “desde a edição da *Lex Poetelia Papiria*, no ano de 326 a.C., a atividade executiva passou a incidir

tão somente sobre o patrimônio, e não mais sobre o corpo do devedor” (Câmara, 2023, p. 259).

Quanto a esse ponto, Neves (2023, p. 758 e 759) afirma que “não existe no direito brasileiro, nem em qualquer ordenamento moderno de que se tenha conhecimento, satisfação na pessoa do devedor, como existia na Lei das XII Tábuas”, uma vez que a humanização do processo executivo proporcionou a adoção de medidas mais proporcionais e efetivas ao caso concreto.

Entretanto, é relevante frisar que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece apenas uma única exceção ao princípio da patrimonialidade, qual seja: a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, prevista no art. 528, § 3º, do CPC/15. Isso porque

[...] embora a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não tenha sido revogada, deixou de ter aplicabilidade, em razão do efeito paralisante do Pacto de São José da Costa Rica em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria. Posteriormente, foi editada a Súmula Vinculante 25 com o seguinte teor: ‘é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito’. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 419 com a seguinte redação: ‘descabe a prisão civil do depositário judicial infiel’ (Lopes Júnior, 2023, p. 822).

Em tempo, evidencia-se que há uma interseção entre a responsabilidade patrimonial na execução e as medidas atípicas executivas, pois essas últimas corroboram com tal princípio “como uma busca alternativa para a efetividade e, esta, somente ocorre quando houver satisfação específica, o que leva a existência do art. 139, IV [do CPC/15]” (Lemos, 2023, p. 501).

Em vista disso, a responsabilidade patrimonial consagra-se, expressamente e precipuamente, pelo art. 391 do Código Civil do qual se infere que somente os bens do devedor respondem pelo inadimplemento das obrigações por ele contraídas. Nesse viés, o art. 789 do Código de Processo Civil reitera o entendimento consagrado na lei n.º 10.406/02 ao

mencionar que apenas os bens presentes e futuros do devedor respondem pelo cumprimento das obrigações por ele adquiridas, salvo os casos de restrição legal, como na hipótese dos bens impenhoráveis elencados no art. 833, do CPC.

2.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade estatal, incluída a jurisdicional, Câmara (2023, p. 259) evidencia que se almeja, dentre outros macro-objetivos, a eficiência, meio pelo qual se busca que o resultado do processo seja alcançado com o mínimo de dispêndio possível de energias e tempo. Logo, o resultado prático do processo deve ser obtido com ínfimo esforço razoável.

Destarte, quanto ao princípio da eficiência, tem-se que ele foi expressamente citado no *caput* do art. 37, da CF/88 e também no art. 8º, do Código de Processo Civil. *In verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Brasil, 1988).

Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (Brasil, 2015).

Acerca do referido princípio intrínseco à atividade da Administração Pública em sentido genérico, incluindo o Poder Judiciário, Pietro (2018, p. 151) diz que:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também

com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Assim, em rápida analogia entre a Administração Pública e a prestação jurisdicional, tem-se que o juiz atua como agente público e por isso, deve desempenhar da melhor forma possível suas atribuições e competências, a fim de obter os melhores resultados, no caso concreto, bem como proteger os direitos das partes e principalmente resolver satisfatoriamente a lide, seja ela contenciosa ou não.

Com isso, os órgãos jurisdicionais devem unir esforços para conduzir eficientemente o processo com o intuito de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público e assegurar a inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à Justiça, em consonância com o art. 5.º, XXXV, da CF/88.

Além disso, a eficiência no processo de execução permite a concretização da prestação jurisdicional mais célere e eficaz possível, privilegiando também o princípio constitucional da celeridade, previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Sob essa ótica, tem-se que:

Eficiente é atuação que promove, satisfatoriamente, os meios necessários para que se alcancem os fins do processo. Na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional: a) deve escolher aqueles que tenham condições de promoverem algum resultado significativo (deve evitar meios que promovam resultados insignificantes); b) deve escolher meios que permitam alcançar, com certo grau de probabilidade, o resultado almejado (não pode escolher um meio de resultado duvidoso); c) não pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado (Ávila, 2005, p. 19 *apud* Didier Jr *et al*, 2023, p. 342).

Diante do todo exposto, tem-se que o princípio da eficiência busca tão somente assegurar a real concretização do serviço público, que no caso em tela, dar-se com a prestação jurisdicional satisfativa, de preferência, ao exequente. A ideia, com isso, é tornar legítimo o emprego de meios que

ponderem a necessidade de efetivação e concretização do preceito judicial e o pleito das partes no caso concreto da fase executiva.

2.3 PRINCÍPIO EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Sabe-se que a finalidade precípua do processo de execução é, sem dúvidas, a satisfação do crédito do exequente. Esse é o fim normal que se espera, conforme redação do art. 924, inciso II, do CPC/15, o qual afirma que quando a obrigação é satisfeita ocorre a extinção da fase executiva. Ademais, é norma fundamental do processo civil brasileiro que o processo, em geral, seja meio que concretize o direito das partes de obterem, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, nos termos do art. 4º do referido código.

Nesse sentido, Câmara (2023, p. 258) diz que:

Por força da garantia constitucional de tutela jurisdicional efetiva estabelece-se uma exigência de que o resultado prático do processo coincida, tanto quanto possível, com o resultado prático que se produziria se o direito substancial fosse espontaneamente realizado. É, em outras palavras, uma garantia constitucional de que haverá a maior coincidência possível entre o resultado prático do processo e aquilo a que o titular do direito material faz jus. Vale, aqui, recordar a máxima chiovendiana segundo a qual 'o processo deve dar ao titular do direito, na medida do que seja possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de conseguir'.

Assim, não resta dúvidas de que o princípio da efetividade é extremamente importante para a aplicação de todas e quaisquer medidas executivas sejam elas típicas ou atípicas, pois de acordo com Lemos (2023, p. 508 e 509):

[...] o juízo, durante a execução, deve inclinar-se para atender a satisfação específica, o que, no tocante, a concessão de medidas atípicas de efetividade, está na possibilidade ampla de imaginar outros caminhos, além daqueles tipificados - expropriatórios ou não - para a garantir que o exequente alcance o desfecho único da

execução. [...] a primazia da efetividade é tão grande que a própria existência do art. 139, IV e a sua ampla possibilidade, acaba por quase que inutilizar a fase da suspensão da execução quando não se alcança bens passíveis de constrição, uma vez que a possibilidade de outras medidas acaba por abarcar toda essa situação de maneira pró exequente, o que seria, de certo modo, uma manifestação do princípio da primazia à atividade satisfativa.

Ademais, ressalta-se que é imprescindível que a parte exequente comprove a subsidiariedade da medida atípica pleiteada, a existência de patrimônio do devedor, os indícios de que aquela medida executiva requerida é ou pode vir a ser efetiva para a concretização da obrigação exequenda, vez que a ausência dessa justificativa caracteriza aplicação de mecanismo punitivo, o que é incabível na fase executiva.

Destarte, não se deve executar o devedor apenas para prejudicá-lo, sem que haja a mínima e real possibilidade de satisfação do direito exequendo, pois o Código de Processo Civil de 2015, com vistas a enaltecer e concretizar os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, combate os excessos na busca da atividade satisfativa também na fase de execução.

2.4 PRINCÍPIO MENOR ONEROSIDADE DA EXECUÇÃO

Com previsão no art. 805, do CPC/15, o princípio da menor onerosidade busca concretizar o direito do exequente de forma menos ofensiva tanto para o executado quanto para o seu patrimônio, sem que isso signifique prejuízo à efetividade processual, vez que, conforme o referido artigo, “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” (Brasil, 2015).

O modelo processual garantista adotado no Brasil, inclusive na fase de execução, prioriza a razoável ponderação entre direitos fundamentais e a concretização da obrigação exequenda, o que nos leva a deduzir que a função do princípio da onerosidade é:

[...] trazer o equilíbrio processual, pois havendo outros meios de satisfação do crédito, os bens do executado serão resguardados de medidas mais gravosas, optando-se que a execução seja efetivada pelo meio menos danoso ao executado. O juiz deve avaliar a melhor forma de garantir a satisfação do crédito, equilibrando o direito do exequente de maneira menos gravosa ao executado, utilizando os métodos mais eficazes e menos onerosos (Gomes, 2020, p. 8).

Logo, Neves (2023, p. 762) destaca que é evidente a necessidade que tem o princípio da menor onerosidade de ser interpretado à luz o princípio da efetividade da tutela executiva, pois sem efetividade o processo não passaria de um sofisma. Isso se deve ao fato de que cabe ao juiz aplicar a regra do art. 805, do CPC/15 sob a égide da razoabilidade e da proporcionalidade, seja para aplicar uma determinada medida executiva típica ou atípica, ou para substituí-la por outra que seja, de preferência, a mais eficaz e menos onerosa.

Para mais, Lopes Jr. (2023, p. 822) ressalta que o princípio ora analisado também deve ser aplicado em consonância com outros princípios tão caros e relevantes para o direito brasileiro, vejamos:

[...] o princípio da menor onerosidade da execução alinha-se ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), ao princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF) e ao caráter substancial do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Para além desses princípios constitucionais, podem ser citados, ainda, o princípio da boa-fé processual (art. 5º, do CPC), na perspectiva da proibição do abuso de direito, assim como o princípio da cooperação (art. 6º, do CPC), na perspectiva do dever de proteção.

De igual modo, o princípio aqui em evidência coaduna com o princípio da eficiência (art. 37, caput, CF/88) por meio do qual “se impõe que o resultado do processo seja alcançado com o menor dispêndio possível de tempo e energias. Assim, impõe-se que se busque obter o resultado prático do processo com o mínimo possível de esforço” (Câmara, 2023, p. 259).

Noutro giro, pontua-se que o executado não pode ser valer da menor onerosidade do meio executivo para se esquivar de adimplir sua obrigação ou burlar a fase executiva, pois o parágrafo único do art. 805, do CPC/15 estabelece que se o executado entender ser excessivamente gravosa a medida que outrora lhe fora imposta, deve indicar outros meios que entenda ser mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos meios executivos anteriormente determinados, ainda que supostamente mais gravoso.

De mais a mais, frisa-se que o Superior Tribunal de Justiça em julgados recentes, consolidou o entendimento de que, *in verbis*: “o princípio da menor onerosidade não é absoluto, devendo ser observado em consonância com o princípio da efetividade da execução, preservando-se o interesse do credor”,² “pois inexistente preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva”³.

Conclusivamente, defende-se que o princípio da menor onerosidade da execução é importante principalmente para o executado, pois lhe garante o menor sofrimento possível nessa fase. Com efeito, o referido princípio evita que o exequente obtenha vantagem indevida e exagerada sobre o executado, inibindo restrições desnecessárias e que possam violar direitos fundamentais tanto de quem executa quanto de quem é executado.

3 MEDIDAS ATÍPICAS E A AUSÊNCIA DE CARÁTER PUNITIVO

Inicialmente, é necessário distinguir, conceitualmente, o que são as medidas executivas típicas e atípicas. As primeiras, dizem respeito àquelas com previsão expressa no ordenamento jurídico, tais como a penhora de bens do executado (arts. 831 e segs., do CPC); imposição

² STJ. AgInt no AREsp n. 2.358.690/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023.

³ STJ. AgInt no REsp n. 1.728.526/AM, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023.

de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva (art 536, § 1º, do CPC); inclusão do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito no caso das obrigações de prestação de fazer e de não fazer (art. 782, § 3.º, do CPC), dentre outras previstas ao longo da lei processual civil.

Já as medidas atípicas de execução, também conhecidas como inominadas, estão consubstanciadas nos artigos 139, inciso IV e 536, § 1º, ambos do CPC. Tais medidas decorrem do poder geral de efetivação das decisões do juízo que, nas palavras de Gomes (2020, p. 6), “promovem a ampla possibilidade de o magistrado atuar de uma forma que mais se enquadre ao caso concreto, no intuito de alcançar o cumprimento das sentenças”. De pronto, destaca-se que tais medidas têm caráter subsidiário, critério esse que será esmiuçado no próximo capítulo deste artigo.

Para mais, frisa-se que ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já era possível a utilização das medidas atípicas. No entanto, eram aplicadas apenas para as obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa. Mas, devido a sobrecarga processual do Poder Judiciário e a inefetividade das tutelas pleiteadas no processo de execução, a reforma legislativa que culminou no CPC 2015 estendeu a aplicabilidade de tais medidas também para as obrigações de pagar, com intuito de garantir, sobretudo, maior celeridade e efetividade ao cumprimento das ordens judiciais.

À vista disso, por força do art. 139, inciso IV, do CPC/15 o juiz, na condução do processo, fica incumbido de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Sobre essa ampliação dos poderes do julgador para o cumprimento de suas ordens, Carreira e Abreu (2023, p. 266) constataram que:

[...] a previsão de medidas inominadas permite ao juiz do caso concreto adaptar o processo executivo às necessidades do direito material, proporcionando bons resultados ao processo executivo e acabando, por assim dizer, com a chamada “infelicidade da

execução”, que é, sem sombra de dúvidas, o calcanhar de Aquiles da atividade jurisdicional. Desta feita, ao prever a possibilidade de adoção de medidas indutivas e sub-rogatórias, aplicáveis, como visto, às obrigações de pagar quantia certa, o legislador nada mais fez do que dar concretude ao princípio da adequação e, por conseguinte, ao devido processo legal, pois a adoção de medidas atípicas pode trazer bons resultado ao processo executivo e, por conseguinte, a tutela do direito material.

Dessa maneira, temos que por definição gramatical, indutivo é tudo aquilo que induz, incentiva, estimula⁴. Assim, nas palavras de Carreira e Abreu (2023, p. 267),

[...] as medidas indutivas, no contexto do art. 139, IV, são aquelas que trazem um incentivo ao cumprimento do conteúdo da decisão judicial. [...] devem ser as primeiras medidas a serem tomadas, se estiverem disponíveis, para garantir o cumprimento de decisão judicial. [...] as medidas indutivas são premiais, elas não podem ser atípicas, uma vez que a vantagem garantida à parte não pode diminuir o valor ou a qualidade da prestação a que está sujeito, já que isso depende de anuência da parte contrária.

Noutra perspectiva, as medidas sub-rogatórias podem ser interpretadas como instrumento para que o próprio magistrado cumpra a ordem judicial. Para Câmara (2023, p. 256 e 257), são meios pelos quais o “Estado-Juiz pratica atividade que substitui a do devedor, tornando-a dispensável, e produz o resultado prático que se teria se o próprio devedor tivesse cumprido seu dever jurídico”. Assim, Carreira e Abreu (2023, p. 269) complementam destacando que a doutrina majoritária identifica o desapossamento, a transformação e a expropriação como as três principais técnicas de medidas sub-rogatórias.

Já as medidas de cunho mandamental, na visão de Carreira e Abreu (2023, p. 269), “não se tratam de uma medida, mas sim de um

⁴ Dicionário Eletrônico Caldas Aulete. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/indutivo>. Acesso em 24 jan. 2024.

efeito típico decorrente das ordens judiciais, que, por sua vez, pode vincular medidas indutivas ou sub-rogatórias”.

Por último, temos as medidas coercitivas, também sinônimo de execução por coerção ou execução indireta, que consistem no emprego de mecanismos destinados a compelir o próprio devedor a praticar os atos necessários à satisfação do direito do exequente (Câmara, 2023). Tais providências

visam garantir o cumprimento das decisões judiciais através de um reforço negativo, ou seja, há uma ameaça de um evento de efeitos adversos àquele que deve cumprir a decisão, caso não a faça. [...] as medidas coercitivas não necessitam de tipificação e cabe, ao juiz, no caso concreto, decidir qual é a medida adequada para compelir a parte a cumprir a decisão (Carreira e Abreu, p. 268).

Noutro giro, é imperioso mencionar que há uma latente distinção entre as medidas coercitivas e as medidas punitivas. Preliminarmente, tem-se que o art. 139, inciso IV, do CPC trata tão somente da primeira espécie. No entanto,

[...] o que difere uma medida coercitiva de uma medida punitiva é, sem sombra de dúvidas, a sua finalidade, razão pela qual deve-se observar se a sua fixação busca obter um resultado a se realizar ou se pune uma conduta já realizada, sendo coercitiva no primeiro caso e punitiva no segundo, lembrando que sempre haverá coerção nas medidas punitivas. Esta distinção se mostra ainda mais relevante pois, em se tratando de sanção, não é possível a criação de medidas punitivas atípicas, pois neste campo vigora o princípio da estrita legalidade, não havendo espaço para punições sem previsão legal (Carreira e Abreu, 2023, p. 270).

Nessa toada, a Ministra Relatora Nancy Andriighi, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.864.190/SP, trouxe as seguintes considerações acerca dessa dicotomia entre medidas coercitivas e punitivas. Vejamos:

Não se pode confundir a natureza jurídica das medidas de coerção psicológica, que são apenas medidas executivas indiretas, com sanções civis de natureza material, essas

sim capazes de ofender a garantia da patrimonialidade, por configurarem punições em face do não pagamento da dívida. A diferença mais notável entre os dois institutos acima enunciados é a de que, na execução de caráter pessoal e punitivo, as medidas executivas sobre o corpo ou a liberdade do executado tem como característica substituírem a dívida patrimonial inadimplida, nela subrogando-se, circunstância que não se verifica quando se trata da adoção de meios de execução indiretos. [...] Na execução indireta, portanto, as medidas executivas não possuem força para satisfazer a obrigação inadimplida, atuando tão somente sobre a vontade do devedor⁵.

Ao analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação ou não de medidas executivas atípicas, Leal (2023, p. 45) salientou que tais deliberações não devem ser aplicadas como forma de punir o executado que não tem bens disponíveis, mas tão somente para aquele que os ocultam com finalidade de frustrar a execução ou o cumprimento de sentença. Logo, a autora retro mencionada conclui que tais medidas devem ser utilizadas apenas quando o executado não contribui com a execução, ou seja, quando não realiza o pagamento, não indica bens penhoráveis, apresenta irrefutáveis indícios de ocultação patrimonial, dentre outros mecanismos que visam frustrar a fase executiva.

Dito isso, é evidente que as medidas executivas coercitivas atípicas não podem se confundir com sanção, finalidade não pertencente ao processo civil, mas a outras áreas do direito, como a seara penal que visa a punição como meio de compensação jurídica pelo ato que infringe a ordem jurídica estabelecida. Isso porque a utilização das medidas inominadas ou atípicas de cunho coercitivo com fulcro no art. 139, inciso IV, do CPC, consiste tão somente na concretização do princípio da adequação ao processo executivo. Essas medidas devem funcionar como mecanismo de

⁵ REsp nº 1864190/SP(2020/0049139-6). Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. Min. Nancy Andrigli, j 16 jun. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1954443&num_registro=202000491396&data=20200619&formato=PDF. Acesso em: 25 jan. 2024.

pressão psicológica junto ao devedor para induzi-lo a cumprir a ordem judicial e, por conseguinte, a obrigação para com o exequente.

Contudo, é inegável que, indiretamente e periféricamente, as medidas coercitivas em geral ocasionam certo dano ao patrimônio do devedor, pois ele deverá se desprender de bens, sejam eles pecúnia física ou virtual; móvel ou imóvel; tangíveis ou intangíveis com valor patrimonial; para adimplir com sua obrigação perante o exequente, desde que não prejudique sua subsistência e tampouco seus bens inalienáveis, como prevê o art. 833, do CPC.

Portanto, é inquestionável que o objetivo precípua da execução é o de ser útil ao credor e permitir o direito de resposta do executado. Dessa forma, as medidas atípicas não podem ser consideradas instrumentos de castigo, vingança, prejuízo/sacrifício injustificado e exacerbado para o devedor, sob pena de ilegalidade. Certo é que esse tipo de medida executiva indireta não proporcionará o exato adimplemento da obrigação, mas, como o próprio inciso IV, do art. 139, do CPC conjuga, farão tão somente a coerção, psicológica ou não, para que o executado cumpra a obrigação. Assim, diante dessa visão, as medidas executivas atípicas são um reforço aos princípios da responsabilidade patrimonial, eficiência, menor onerosidade da execução e principalmente, o da efetividade.

4 O BLOQUEIO DE REDES SOCIAIS COMO MEDIDA EXECUTIVA INOMINADA COERCITIVA E OS REQUISITOS PROPOSTOS PELA JURISPRUDÊNCIA E PELA DOUTRINA BRASILEIRA PARA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ATÍPICAS EM GERAL

Para a satisfação do seu crédito, o credor pode se valer dos meios executórios diretos ou indiretos, típicos ou atípicos. Com isso, o diploma processual civil de 2015, almejando, *a priori*, a concretização do princípio da efetividade das decisões, bem como a redução dos altos indicadores de execuções frustradas, ampliou as possibilidades de medidas atípicas que visam forçar o devedor a adimplir suas obrigações, com fundamento nos amplos poderes concedidos ao magistrado para determinar meios que assegurem a satisfação da ordem judicial e conseqüentemente, do direito do exequente.

Todavia, com o início da aplicação de medidas executivas atípicas pelos magistrados no exercício do poder Estado-Juiz, respaldados no art. 139, inciso IV, do CPC, não tardou que tais medidas fossem questionadas na via recursal e por meio de ações que resguardam os direitos constitucionais individuais. Assim, em virtude dessa novidade legislativa que gera grande impacto na fase executiva do processo judicial, o jurisdicionado tem questionado a constitucionalidade de tais providências.

Por isso, é óbvio prever que tais indagações chegassem aos Tribunais Superiores para que elucidassem pontos controversos e estabelecer critérios/requisitos/limites para a utilização de medidas executivas não previstas expressamente no ordenamento jurídico. Foi o que se buscou com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.941/DF interposta, perante o STF, pelo Partido dos Trabalhadores, em 11 de maio de 2018, com vistas a discutir, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, se as medidas executivas atípicas poderiam comprometer a eficácia dos direitos fundamentais do executado, o que as tornariam inconstitucionais.

A ADI n.º 5.941/DF de relatoria do Min. Luiz Fux, questionou a constitucionalidade da adoção de técnicas de execução indireta exemplificadas, na ação, pela suspensão do direito de dirigir, apreensão de carteira nacional de habilitação ou de passaporte, além da proibição de participação em concursos ou licitações públicas. O partido autor da ação alegou que o processo executivo é eminentemente patrimonial, não se confundindo com a restrição de direitos de liberdades das partes nele envolvidas e para além disso, tais medidas seriam desproporcionais em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Intimidados para se manifestar sobre os autos da referida ação que poderia culminar na inconstitucionalidade do art. 139, inciso IV, do CPC e de outros textos da lei, o Presidente da República, o Congresso Nacional e a Advocacia-Geral da União sustentaram a constitucionalidade das medidas atípicas aduzindo, em suma, que os dispositivos atacados pela ADI “visam à concretização do primado da efetividade, conferindo ao juiz os instrumentos necessários ao cumprimento da ordem judicial e garantido

às partes meios hábeis destinados ao alcance do resultado desejado pelo direito material” (STF, 2023, p. 10).

Já a Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro), na qualidade de *amicus curiae*, e a Procuradora-Geral da República se manifestaram pela inconstitucionalidade das referidas medidas executivas inominadas diante da suposta violação ao art. 5º, incisos II, XXXIX e LIV, da CF/88 ao ocasionarem a restrição de liberdades individuais do devedor.

Após debates e exposição de todos os votos, em 09 de fevereiro de 2023, a Corte Suprema, por unanimidade, conheceu a ação direta, com exceção do Ministro André Mendonça, que dela não conheceu no que tange ao art. 390, parágrafo único, do CPC. Por maioria, julgou-se improcedente o pedido do Partido dos Trabalhadores, nos termos do voto do Relator e consequentemente, declarou-se constitucionais os artigos suscitados, dentre eles o art. 139, IV, do CPC que consubstancia e dá grandes enfoque às medidas atípicas.

Para votar pelo conhecimento e improvimento do pedido do Partido requerente da ADI n.º 5.941/DF e consequente declaração de constitucionalidade das medidas inominadas, o Ministro Relator Luiz Fux, em seu voto, apresentou quatro aspectos importantes acerca da aplicabilidade das medidas executivas atípicas. São eles: I) efetividade e razoável duração do processo como corolários do princípio da inafastabilidade da jurisdição; II) papel do Estado-juiz na interpretação e criação do Direito e os limites da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto; III) impossibilidade de definição apriorística quanto à proporcionalidade das medidas executivas atípicas impugnadas e a consequente inaplicabilidade, em abstrato, da técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto; IV) compatibilidade da escolha do legislador com o princípio da eficiência e com a razoável duração do processo à luz da análise econômica do processo.

Além disso, o Ministro Relator defendeu que a legislação brasileira – constitucional e infraconstitucional – apresenta balizas suficientes para nortear a interpretação e a atividade do magistrado, não necessitando a criação de novos requisitos para sua atuação. Acerca disso, ele enfatizou que a:

[...] aplicação concreta das medidas atípicas pelo magistrado, como meio de fazer cumprir suas determinações, encontra limites inerentes ao sistema em que elas se inserem. Deve respeito ao devido processo legal, ao contraditório, à proporcionalidade, à eficiência, e, notadamente, à sistemática positivada pelo próprio CPC (arts. 1º e 8º), o qual traz pronto remédio para sanear abusos, ao estatuir o amplo cabimento de agravo de instrumento na etapa executiva (art. 1.015, parágrafo único). [Ademais, a] discricionariedade judicial não se confunde com arbitrariedade, de modo que quaisquer abusos poderão e deverão ser coibidos mediante utilização dos meios processuais próprios (STF, 2023, p. 46 e 60).

Noutro norte, o Superior Tribunal de Justiça quando instado a se manifestar acerca desse assunto, vem adotando, corriqueiramente, requisitos balizadores semelhantes aos pronunciados pela Corte Suprema no julgamento da ADI n.º 5.941/DF. Porém, evoca-se, por agora, que o presente trabalho não possui o intuito de exaurir a temática, mas tão somente apresentar tais critérios, ainda que pormenorizadamente, objetivando fundamentar a possibilidade de bloqueio das redes sociais como uma das diversas formas criativas de inovar e se aplicar as medidas executivas inominadas, com fulcro na cláusula geral do art. 139, inciso IV, do CPC.

Com isso, sobre os critérios de aplicabilidade de uma medida executiva inominada, em recente julgado, a Quarta Turma do STJ consolidou o entendimento no sentido de que:

Admite-se a adoção, em caráter subsidiário (isto é, após a utilização das vias executivas típicas), de medidas alternativas (atípicas) voltadas à satisfação de crédito objeto de execução, desde que sejam razoáveis, proporcionais e adequadas, observando-se o princípio da menor onerosidade/gravosidade e as particularidades do caso concreto. É necessário demonstrar a efetividade da medida pleiteada, e não apenas que a parte devedora não possui patrimônio para pagar a dívida. Não são endossadas medidas que guardam caráter de punição/

penalidade/sanção à parte devedora, pois tal resultado não se coaduna com a finalidade da execução⁶.

Desse modo, o poder geral de cautela que autoriza o magistrado, na função de Estado-Juiz, determinar todas as medidas que reputar necessárias ao cumprimento da ordem judicial, conforme o art. 139, inciso IV, do CPC, deve seguir as seguintes balizadoras suscitadas pelo STJ e STF:

comprovação do esgotamento das medidas típicas, contraditório prévio ao devedor, razoabilidade e proporcionalidade na escolha da medida, decisão fundamentada autorizando a sua execução, e que a medida não atinja, no caso concreto, as garantias constitucionais do devedor⁷.

Nessa esteira, Lopes Júnior (2023, p.825) sintetiza, para fins didáticos e com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em quatro tópicos os requisitos que devem ser seguidos pelo magistrado ao aplicar uma medida atípica. São eles: i) prévio esgotamento dos meios executivos típicos; ii) contraditório prévio; iii) decisão fundamentada à luz das peculiaridades da causa; e, iv) proporcionalidade sob o viés da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Já Braga *et al* (2017, p. 115) entendem que por ser complexa a demarcação do grau de intensidade das medidas executivas atípicas, é necessário se observar os seguintes critérios: proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excessos, eficiência e menor onerosidade da execução.

No mais, é importante frisar que mesmo sendo corriqueira a aplicação dos requisitos acima elencados, a matéria ainda necessita de debates, vez que o Tema Repetitivo n.º 1.137 ainda está pendente de julgamento até a presente data, por meio do qual o STJ irá definir,

⁶ STJ, AgInt no AREsp n. 1.957.953/RJ, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 31/8/2023.

⁷ TJMG, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.23.110296-3/001, Relator Des. Fabiano Rubinger de Queiroz, 10ª Câmara Cível, julgamento em 25/07/2023, publicação da súmula em 31/07/2023.

categoricamente, com esteio no art. 139, IV, do CPC/15, se é possível ou não que o magistrado, observando a devida fundamentação, o contraditório e a proporcionalidade da medida, adote de modo subsidiário os meios executivos atípicos.

Entretanto, ainda que esse assunto esteja pendente de julgamento, o Tribunal da Cidadania tem acolhido o posicionamento do STF acerca dos argumentos que reforçam a constitucionalidade do art. 139, IV, do CPC e conseqüentemente, servem de base para aplicação das medidas executivas sem previsão legal expressa, como podemos depreender da ementa dos seguintes julgados do último trimestre do ano de 2023:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI N. 5.941/DF). UTILIZAÇÃO DO CADASTRO NACIONAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS (CNIB). POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DOS MEIOS EXECUTIVOS TÍPICOS. NECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. [...]

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5.941/DF, recentemente declarou a constitucionalidade da aplicação concreta das medidas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC/2015, desde que não avance sobre direitos fundamentais e observe os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. A fim de regulamentar o Cadastro Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n. 39/2014, o qual prevê busca pela racionalização do intercâmbio de informações entre o Poder Judiciário e os órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, constituindo uma importante ferramenta para a execução, a propiciar maior segurança jurídica aos cidadãos em suas transações imobiliárias.

4. A adoção do CNIB atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como não viola o princípio da menor onerosidade do devedor, pois a existência de anotação não impede a lavratura

de escritura pública representativa do negócio jurídico relativo à propriedade ou outro direito real sobre imóvel, exercendo o papel de instrumento de publicidade do ato de indisponibilidade.

5. Contudo, por se tratar de medida executiva atípica, a utilização do CNIB será admissível somente quando exauridos os meios executivos típicos, ante a sua subsidiariedade, conforme orientação desta Corte Superior.

6. Determinação de retorno dos autos à origem para que o Magistrado, verificando se houve ou não o esgotamento dos meios executivos típicos, aprecie o pedido de utilização do CNIB.

7. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.963.178/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 14/12/2023.)

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. MEDIDA COERCITIVA INDIRETA. SUSPENSÃO E APREENSÃO DE PASSAPORTE. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 139, IV, DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE EXCEPCIONAL. INDEFERIMENTO LIMINAR. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reputa-se, “em tese, lícita e possível a adoção de medidas executivas indiretas, inclusive a apreensão de passaporte, desde que, exauridos previamente os meios típicos de satisfação do crédito exequendo, bem como que a medida se afigure adequada, necessária e razoável para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar injustificadamente o processo executivo” (AgInt no RHC 128.327/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 15/4/2021).

3. No caso, os elementos que constam dos autos não permitem constatar a existência de ilegalidade flagrante, a justificar o excepcional conhecimento do habeas corpus em substituição ao recurso ordinariamente cabível.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no HC n. 858.258/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 28/11/2023, DJe de 12/12/2023.)

Em síntese, mesmo que os entendimentos do STJ e STF ainda estejam caminhando para uma unificação e venham a se alinhar num futuro próximo, já é possível concluir que a existência de indícios de que o executado possua patrimônio para honrar sua obrigação; que a decisão deve ser fundamentada; que a medida atípica seja dotada de forma subsidiária (entendimento oriundo do Enunciado n.º 12 FPPC); e, que sejam observados o contraditório e a proporcionalidade, já são condições reconhecidas pela jurisprudência e pela doutrina brasileira para validar e sustentar a aplicabilidade das medidas atípicas.

Agora, à luz da exposição acima apresentada acerca dos requisitos trazidos pela jurisprudência e pela doutrina brasileira para concretizar a aplicação das medidas atípicas, nos termos do art. 139, IV, do CPC, passaremos a analisar a possibilidade de aplicação da medida executiva coercitiva atípica do bloqueio das redes sociais do devedor tendo em vista que as redes sociais são patrimônio, ainda que intangível, do usuário pessoa física ou jurídica.

Tem-se que as medidas atípicas ou inominadas não são a regra no ordenamento jurídico brasileiro, por isso o atributo da subsidiárias em detrimento dos meios executivos já previstos em lei, como a penhora, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, dentre outros. Sendo assim, o bloqueio de redes sociais constitui uma medida executiva atípica, excepcional, subsidiária conforme o caso concreto.

Desse modo, se levarmos em consideração o posicionamento do STF consolidado por meio do julgamento da ADI n.º 5.941/DF e o de tantos outros acórdãos das três turmas de direito privado do STJ,

conclui-se que é possível o bloqueio de redes sociais mais comuns, como *facebook, instagram e X* (antigo *Twitter*), desde que observado o caráter não punitivo e subsidiário da medida; a existência de indícios de que o executado possua patrimônio passível de sofrer constrição ou que estes estejam sendo ocultados; decisão coerente e bem fundamentada; observância do contraditório, proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade. Isso porque se trata de mais uma inovação dentre tantas outras variações de medidas atípicas que o magistrado pode se valer para efetivar suas decisões, observando sempre a realidade dos autos e a tutela pleiteada pelo exequente.

Apesar de ainda ser uma medida pouco utilizada, a jurisprudência não descarta a sua utilização ou até mesmo a sua existência, como por exemplo, vislumbra-se no caso do devedor “ostentação” ou dos influenciadores digitais. Porém, o que sempre se pontua é a necessidade de comprovação da relação finalística entre tal medida e a mínima possibilidade de êxito na satisfação do crédito, como ressaltou o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, em 13/02/2020, na decisão que conheceu do agravo para não conhecer do agravo em Recurso Especial n.º 1.584.430/SP. *In verbis*:

No recurso especial (fls. 42/56 e-STJ), a agravante alegou violação do art. 139,IV, do Código de Processo Civil de 2015. Sustenta, em síntese, a possibilidade de bloqueio do facebook, instagram e whatsapp do recorrido até o pagamento integral do débito ou pelo prazo máximo de cinco anos. A irresignação não merece prosperar. Na hipótese, o tribunal de origem manteve a decisão que indeferiu pedido de bloqueio de acesso do devedor, ora recorrido, às redes sociais facebook e instagram e whatsapp nos seguintes termos: “(...) Sabe-se que métodos diferenciados de coerção têm sido considerados como consequência do permissivo do art. 139, IV, do CPC/2015, o qual possibilita ao magistrado ‘determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária’. Ou seja, os juízes não estão mais restritos à penhora e à expropriação de bens como meios de cobrança (além da prisão civil, no caso

de alimentos). Ocorre que a adoção das discutidas providências atípicas é subsidiária, somente sendo cabível depois de tentados os meios de sub-rogação convencionais. Além disso, devem ser determinadas com esteio em uma análise prognóstica de seus reflexos na satisfação do crédito perseguido. Não podem ter como fulcro a mera punição da parte contra a qual se dirigem⁸.

Aqueles que acreditam na desarrazoabilidade do bloqueio temporário de redes sociais com vistas a coagir o devedor a satisfazer a obrigação exequenda, insinuam que:

as redes sociais, além de poderem ser utilizadas como forma de promoção profissional, também são utilizadas como forma de disseminação de conteúdos de diversas áreas, sendo, inclusive, consideradas meios de inclusão social. Dessa forma, retirar a possibilidade dos indivíduos de se expressarem e utilizarem as redes sociais em razão de dívidas civis pode ser considerada uma diminuição excessiva dos direitos fundamentais do devedor de comunicação, acesso à educação e informação e outros (Leal, 2023, p. 50).

Por outro lado,

o bloqueio das redes sociais não afeta a existência digna do devedor que, por sua vez, poderá construir novas relações interpessoais/profissionais ou, ainda, fortalecer aquelas já existentes, por outros veículos de comunicação, como o bom e velho diálogo presencial, tão démodé nos dias de hoje. [...] No entanto, se o escopo do novo Código de Processo Civil, explicitamente declarado em sua exposição de motivos, é o de resolver problemas, mostra-se imprescindível a criação de medidas capazes de atendê-lo a contento. [...] Inegavelmente, o bloqueio

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.584.430 - SP 2019/0276039-6). Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 13 fev. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106197328&tipo_documento=documento&num_registro=201902760396&data=20200226&formato=PDF. Acesso em: 31 jan. 2024.

destas redes sociais e do whatsapp poderá persuadir o executado a pagar a dívida, a depender do valor sentimental que este atribua aos indigitados canais de relacionamento humano (Neto, 2019).

Logo, Grings (2023, p. 441) entende ser inquestionável que o direito processual se desenvolva à medida que surjam novas formas de interação com o mundo, como é o caso daquelas oriundas da internet que revolucionaram as relações sociais contemporâneas. Ademais, o escopo principal do Código de Processo Civil, explicitamente declarado em sua exposição de motivos, é o de resolver problemas, mostrando-se imprescindível a adoção de medidas capazes de atender a esse fim objetivando deixar de ver o processo como teoria descomprometida com a realidade e com as necessidades fundamentais do jurisdicionado.

Em suma, é claramente possível que o juiz adote meios executivos atípicos, como o bloqueio de redes sociais, desde que, sejam aplicados subsidiariamente às medidas típicas; que exista indícios mínimos que sugiram que o executado possui bens aptos a satisfazer à dívida; que a decisão do magistrado seja fundamentada com a legítima descrição da íntima relação entre o caso concreto e a adoção daquela medida; e, que se observe o contraditório substancial e o trinômio proporcionalidade, necessidade, adequação.

Por fim, enfatiza-se que o bloqueio das redes sociais aqui defendido como medida coercitiva atípica não tem caráter *ad aeternum* e tampouco punitivo, pois o que se busca é tão somente resguardar o direito do exequente de ter sua pretensão satisfeita bem como pressionar/estimular, ainda que psicologicamente/emocionalmente, que devedor que não paga porque não quer e que blinda o seu patrimônio para tornar ineficaz a forma típica de execução, cumpra com suas obrigações e com as determinações judiciais.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, vislumbra-se que a previsão legal das medidas executivas atípicas, nos termos do art. 139, inciso IV, do CPC, buscou aflorar a criatividade do julgador e alargar o leque de oportunidades

que o magistrado, na condição de Estado-Juiz, pode utilizar para que a satisfação da tutela jurisdicional pleiteada pelo exequente seja mais célere e efetiva possível, sem esquecer de salvaguardar os direitos fundamentais do executado.

À vista disso, é inquestionável que as medidas atípicas foram um grande avanço para o alcance de resultados satisfatórios e efetivos na fase executiva. No entanto, por ainda serem pouco utilizadas, geram estranheza e até mesmo grandes debates no mundo jurídico, inclusive sendo objeto de ações nas Cortes Superiores, como discorrido no quarto capítulo deste estudo.

Apesar de muitos ainda serem os questionamentos sobre como se deve aplicar as medidas atípicas, certo é que a utilização de tais meios não pode ser banalizada e tampouco deixada ao bel-prazer do julgador. Por isso, a jurisprudência e a doutrina vêm suscitando que na aplicação desses institutos é indispensável a observância dos princípios do direito como um todo bem como daqueles próprios do processo executivo, como o princípio da patrimonialidade, eficiência, efetividade da prestação jurisdicional e menor onerosidade da execução, dentre outros.

Ademais, a **praxe** judiciária e doutrinária jurídica nos permitiram concluir ser possível a utilização das medidas inominadas, mas desde que observados alguns requisitos, tais como: a demonstração da subsidiariedade da medida atípica em detrimento das medidas típicas; comprovação da ausência de punição na adoção daquela medida; presença de mínimos indícios de patrimônio expropriável do executado ou de que estes estejam sendo ocultados para frustrar a execução; respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa; e, decisão judicial fundamentada que comprove a necessidade, a proporcionalidade e a adequação da medida atípica para o fim a que se destina, seja coercitivo, mandamental, subrogatório ou indutivo, de acordo com o caso em tela.

Assim, satisfeitos os requisitos acima mencionados, é razoável inferir que o magistrado pode sim realizar o bloqueio de redes sociais, tais como *facebook*, *instagram* e *X*, como medida executiva atípica coercitiva com vistas a pressionar, ainda que psicologicamente, o adimplemento da obrigação por parte daquele devedor que demonstra ter patrimônio, mas

não paga porque não quer, como é o caso o devedor ostentação. Além do mais, até mesmo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a existência desse tipo de medida atípica, mas descartou a sua serventia, no caso concreto, em virtude do descumprimento dos referidos pressupostos.

Em suma, este artigo limitou-se a demonstrar que é possível o bloqueio de redes sociais do executado como medida atípica coercitiva, desde que respeitados os princípios jurídicos e os requisitos consubstanciados na jurisprudência e na doutrina, uma vez que se trata de medida que atinge patrimônio de muito apreço e utilização pela geração do presente século marcada pela hiperconectividade. Por último, é importante lembrar que nenhuma medida executiva, seja ela típica ou atípica, pode ser utilizada como punição do executado pelo inadimplemento, pois o fim a que se destina o processo civil, como um todo, é a concretização e a efetividade da tutela jurisdicional e a plena resolutividade da lide.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Paulo Sarno, CUNHA, Leonardo Carneiro da, DIDIER JR. Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 115. v. 5.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 07 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941/DF**. Requerente: Partido dos Trabalhadores - PT. Interessado: Presidente da República. Intimado: Congresso Nacional. Amicus Curiae: Associação Brasileira de

Direito Processual - ABDPRO. Relator: Min. Luiz Fux, 9 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357613301&ext=.pdf>. Acesso em: 7 nov 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios atípicos: lendo o art. 139, IV, do CPC. *In*: TALAMINI, Marcos; MINAMI, Marcos Youji (coords.). **Medidas executivas atípicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. cap. 10, p. 255-263.

CARREIRA, Guilherme Sarri; ABREU, Vinicius Calda da Gama. Dos poderes do juiz na execução por quantia certa: da utilização das medidas inominadas. *In*: TALAMINI, Marcos; MINAMI, Marcos Youji (coords.). **Medidas executivas atípicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. cap. 11, p. 265-295.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1.º, CPC. *In*: TALAMINI, Marcos; MINAMI, Marcos Youji (coords.). **Medidas executivas atípicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. cap. 13, p. 329 - 366.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona Filho. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1 v.

GOMES, Clara Leão. **Medidas atípicas para garantir a satisfação do crédito no processo de execução**. Artigo Científico (Graduação em Direito) - Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/606/1/TCC.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2023.

GRINGS, Maria Gabriela. Medidas judiciais e ambiente digital. *In*: TALAMINI, Marcos; MINAMI, Marcos Youji (coords.). **Medidas executivas atípicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. cap. 17, p. 441-467.

LEAL, Thaís Coelho. **As medidas atípicas e a aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil**: uma análise à luz do tema repetitivo n.1.137 do STJ e da ADI n.º 5.941 do STF. Natal, 2023. Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Disponível em: <https://acervo.ufrn.br/Record/ri-123456789-53463>. Acesso em: 15 jan. 2024.

LEMOS, Vinicius Silva. A concessão de medidas atípicas de efetividade de ordem judicial e o necessário diálogo com as normas fundamentais do CPC/15. *In*: TALAMINI, Marcos; MINAMI, Marcos Youji (coords.). **Medidas executivas atípicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. cap. 19, p. 493-516.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JÚNIOR, Jaylton. **Manual de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

MADEIRA, Bruno da Silva. **Medidas Executivas Atípicas**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 37.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 15. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas atípicas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa - art. 139, IV, do novo CPC. *In*: TALAMINI, Marcos; MINAMI, Marcos Youji (coords.). **Medidas executivas atípicas**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. cap. 24, p. 621-657.

TANNUS NETO. José Jorge. **O bloqueio de redes sociais e do Whatsapp como medida executiva atípica**. São Paulo, 4 jun. 2019. LinkedIn. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/o-bloqueio-de-redes-sociais-e-do-whatsapp-como-medida-tannus-neto>. Acesso em: 7 nov. 2023.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. **Processo de execução**, 19. ed. São Paulo: Leud, 1999, n. 22, p. 64.

TRABALHO DOMÉSTICO DA MULHER
(NÃO REMUNERADO NEM VALORIZADO):
SOBRETUDO CUIDADOS DESPENDIDOS À
FAMÍLIA – CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE
FIXAÇÃO DE ALIMENTOS

Eduardo Augusto Salomão Cambi
Carlos Eduardo Leite Ferraz

TRABALHO DOMÉSTICO DA MULHER (NÃO REMUNERADO NEM VALORIZADO): SOBRETUDO CUIDADOS DESPENDIDOS À FAMÍLIA – CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS*

WOMEN'S DOMESTIC WORK (UNPAID AND UNVALUED): ESPECIALLY CARE FOR THE FAMILY – TO BE CONSIDERED FOR THE PURPOSES OF FIXING MAINTENANCE

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e do Centro Universitário Assis Gurgaz – FAG. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

Carlos Eduardo Leite Ferraz

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Rede de Ensino Professor Luiz Carlos. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PLANEJAMENTO FAMILIAR E DEVER DE CUIDADO. 3 CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA MULTINÍVEL. 4 TRABALHO DOMÉSTICO DAS MULHERES, SOBRETUDO COM CUIDADOS DA FAMÍLIA. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE FIXAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

SUMMARY: 1 INTRODUCTION. 2 FAMILY PLANNING AND DUTY OF CARE. 3 MULTILEVEL FEMINIST CONSTITUTIONALISM. 4 WOMEN'S DOMESTIC WORK, ESPECIALLY FAMILY CARE. CONSIDERATION FOR THE PURPOSES OF SETTING ALIMONY. 5 CONCLUSION. REFERENCES.

RESUMO

Este artigo tem a finalidade de debater sobre a necessidade de se considerar os trabalhos domésticos das mulheres – sobretudo o cuidado com a família – na fixação dos alimentos (seja em favor dos filhos, seja em prol delas próprias, na condição de ex-cônjuges ou ex-conviventes), cujo dever também deveria recair ao homem (pai da prole e ex-cônjuge ou ex-companheiro), mas, muitas das vezes, é exercido, com exclusividade e à exaustão, pela genitora. Pretende-se com isso evitar que o arbitramento da pensão alimentícia seja definido de acordo, unicamente, com a condição

econômico-financeira dos alimentantes, em desconexo com a realidade fática relativa aos cuidados da família (trabalhos não remunerados nem valorizados).

Palavras-chave: trabalhos domésticos da mulher não remunerados; dever de cuidado da família; constitucionalismo feminista multinível; valorização quando da fixação da pensão alimentícia.

ABSTRACT

This article aims to discuss the need to consider women's domestic work – especially family care – when determining alimony (whether for their children or for themselves, as ex-spouses or ex-partners), a duty that should also fall to men (fathers of children and ex-spouses or ex-partners), but is often performed exclusively and exhaustively by the mother. The aim is to prevent the determination of alimony payments from being defined solely according to the economic and financial condition of the payers, disconnected from the factual reality regarding family care (unpaid and unvalued work).

Keywords: unpaid domestic work by women; duty of care for the family; multilevel feminist constitutionalism; appreciation when setting alimony.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento familiar resulta de livre decisão do casal (**faculdade reprodutiva** ou autonomia de vontade quanto ao projeto de vida) e está fundado nos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana, razão pela qual recai, a ambos os pais, o dever de cuidado, como o desenvolvimento e a prestação alimentar dos filhos, na proporção de seus recursos financeiros.

Tratando-se, ainda, de menores de 18 (dezoito) anos de idade – cujas necessidades são absolutamente presumíveis, independentemente, assim, de prova –, sabe-se que todas as questões a eles envolvidas devem ser guiadas, sempre, pelo princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes, pelo princípio da primazia dos seus interesses e pelo *right to voice*.

Por isso, para a fixação do *quantum* da pensão alimentícia em favor dos infante-juvenis, não basta levar em consideração, isoladamente, a capacidade contributiva de cada genitor; deve-se valorizar, também, os cuidados despendidos por cada um deles à família e à prole.

Afinal, as mães, geralmente, têm sido sobrecarregadas com o **trabalho doméstico** (sobretudo de cuidados dos filhos, muitas das vezes exercidos de forma exclusiva e à exaustão por elas), sem contar que várias ainda possuem responsabilidades laborais (gerência de múltiplas tarefas simultaneamente).

Em tais casos, deve-se analisar a situação sob a ótica do **constitucionalismo feminista multinível** (Cambi, 2024). Trata-se de perspectiva epistemológica, metodológica e axiológica que busca a máxima concretização dos direitos humanos das mulheres e inclui a tutela dos direitos subjetivos individuais, diante do reconhecimento da **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, que ostenta força vinculante e irradiante nas relações privadas.

Não bastasse, resulta imperioso, também, a aplicação da teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*) – originada na jurisprudência estadunidense –, a qual reconhece que certas regras jurídicas, políticas públicas, medidas administrativas ou decisões públicas ou privadas, embora detenham aparência de neutralidade, podem afetar negativa e desproporcionalmente determinados segmentos sociais, o que é incompatível com o princípio da igualdade em sentido substancial.

Em outras palavras, é preciso haver uma desconstrução da **neutralidade epistêmica** e uma superação histórica de diferenças de gêneros, a fim de se identificar estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica e de se promover a equidade do dever de cuidado de pai e de mãe no âmbito familiar.

Assim, revela-se imprescindível a valoração, para a fixação de alimentos (seja em favor dos filhos, seja em favor da mulher ex-cônjuge ou ex-convivente), do trabalho doméstico por ela realizado – sobretudo de cuidados da família –, não remunerado e invisível, cujo proceder, aliás, confere maior dignidade à maternidade, além de promover a equidade de gênero, a ética do cuidado e a parentalidade responsável.

Desse modo, almeja-se, com esse artigo, demonstrar que as mulheres, não raras as vezes, assumem o cuidado das crianças, dos adolescentes, dos idosos e das pessoas com necessidades especiais em grau desproporcional em relação aos homens, fazendo-o como parte de suas funções cotidianas na vida doméstica – sem serem remuneradas ou reconhecidas por isso –, o que é um fator de injustiças sociais, uma vez que elas ficam sobrecarregadas (física e mentalmente) e com menos tempo para se dedicarem à profissão, aos estudos, à vida política e ao cuidado de si mesmas.

Daí a indispensabilidade de se levar em consideração tais questões no arbitramento dos alimentos pelo Poder Judiciário, e não apenas fazer um exame isolado das condições econômico-financeiras dos alimentantes, o que exige uma leitura mais ampla dos critérios estabelecidos no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil. Tal regra jurídica deve ser interpretada em conformidade com a perspectiva do **constitucionalismo feminista multinível**, para que o Estado-Juiz realize o duplo controle, de constitucionalidade e de convencionalidade, a fim de extrair uma norma jurídica capaz de efetivar os direitos humanos das mulheres nas relações intrafamiliares.

É dever funcional das juízas e dos juízes brasileiros, por determinação do Conselho Nacional de Justiça, julgar com Perspectiva de Gênero (Recomendação nº 128/2022 e Resolução nº 492/2023), o que possibilita que o Direito das Famílias seja interpretado e aplicado em conformidade com a Constituição Federal e os Tratados de Direitos Humanos, o que torna possível a ressignificação dos alimentos no âmbito doméstico e familiar.

2 PLANEJAMENTO FAMILIAR E DEVER DE CUIDADO

O direito à vida (sobretudo digna) é inerente à pessoa humana e está tutelado por diversos dispositivos legais – inclusive tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte –, como, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 6º), Convenção

Americana de Direitos Humanos (artigo 4º), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 11), Constituição Federal (artigos 5º, *caput* e 227, *caput*) e Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º).

O planejamento familiar, por sua vez, funda-se, prioritariamente, nos princípios da parentalidade responsável (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal) e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) – que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – e resulta de manifesta e livre decisão do casal (**faculdade reprodutiva**).

Está, pois, vinculado à privacidade e à intimidade exclusivas dos envolvidos de procriarem (isto é, autonomia de vontade quanto ao projeto de vida).

Por isso, as relações familiares – marcadas pelo princípio da afetividade e sua manifestação pública (socioafetividade) – devem estar estruturadas no **dever jurídico do cuidado** (que decorre, inclusive, da liberalidade de gerar ou de adotar filhos), bem como na **ética da responsabilidade** (que, diferentemente da ética da convicção, valida comportamentos pelos resultados, não pela mera intenção) e **da alteridade** (que se estabelece no vínculo entre o “eu” e o “outro”, em que aquele é responsável pelo cuidado deste, enquanto forma de superação de egoísmos e narcisismos, causadores de todas as formas de situações de desentendimentos, intolerância, discriminações, riscos e violências, que trazem consequências nocivas principalmente para os seres humanos mais **vulneráveis**, como crianças, adolescentes, pessoas com deficiência, meninas/mulheres e idosos).

Logo, na dimensão constitucional do afeto, que caracteriza a família eudemonista e do direito fundamental à busca da felicidade, a autorrealização individual decorre não só do reconhecimento intersubjetivo da autonomia pessoal, mas também das necessidades – materiais e imateriais – específicas e das capacidades particulares, voltadas ao pleno desenvolvimento da pessoa humana (princípio *pro persona*).

Assim, o dever de cuidado – englobando, inclusive, a responsabilidade ao desenvolvimento e à prestação alimentar dos filhos –

recai a ambos os genitores, na proporção de seus recursos financeiros e das suas possibilidades econômicas (*v.g.*, artigos 1.566, inciso IV, 1.703, do Código Civil; artigo 5º, 'b', da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

Afinal, as necessidades das crianças e dos adolescentes ostentam presunção absoluta e independem de provas, ao menos em relação ao **mínimo existencial**, que abrange os custos para a promoção dos direitos fundamentais à alimentação, moradia, saúde, vestuário, educação, transporte e lazer.

Exatamente em razão disso, aliás, é que tais questões devem ser guiadas, sempre, pelo princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes, pelo princípio da primazia dos seus interesses e pelo *right to voice* (*v.g.*, artigos 1º, 3º e 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; artigo 10, item 3, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; artigo 19 da Convenção Americana dos Direitos Humanos; artigo 6º da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas).

Os cuidados são, ao mesmo tempo, uma necessidade, um trabalho e um direito. É uma necessidade já que indispensável a existência humana. É um trabalho em função do seu valor econômico. É, também, um direito humano, que deve ser assegurado em suas três dimensões essenciais: dar cuidados, receber cuidados e o autocuidado. Afinal, todos os seres humanos precisam de cuidados, compreendidos como quaisquer atividades de suporte a vida (como alimentação, higiene, proteção, estímulo intelectual e social, e apoio emocional). A proteção ético-jurídica do cuidado está na essência axiológica da tutela da dignidade humana, voltada à promoção da vida e da organização político-social. O direito ao cuidado é parte dos direitos humanos, porque torna possível a sustentabilidade da vida humana e do planeta.

O **dever de cuidado** dos menores de 18 (dezoito) anos de idade é responsabilidade que deve ser repartida igualmente entre os pais e/ou responsáveis. A propósito, o Projeto de Lei nº 2.193/2025, ao objetivar a alteração dos artigos 1.694 e 1.703 do Código Civil, preconiza a necessidade de se levar em consideração, na fixação dos alimentos, “não

apenas os recursos financeiros de que dispõem as partes, mas também o tempo e os cuidados efetivamente dedicados à criação, educação e bem-estar dos filhos, reconhecendo-se o valor social e econômico do trabalho de cuidado”.

O Projeto de Lei nº 4/2025, outrossim, também propõe o aprimoramento do texto do Código Civil de 2002, afirmando, categoricamente, na regra contida no artigo 1.566, ser dever de ambos os cônjuges ou conviventes “de forma colaborativa assumirem os deveres de cuidado, sustento e educação dos filhos, dividindo os deveres familiares de forma compartilhada”.

Compete aos pais ou responsáveis prestar aos filhos necessitados alimentos em *quantum* proporcional às respectivas capacidades contributivas, para cuja análise se deve considerar, também – como melhor será delineado adiante –, os trabalhos domésticos não remunerados (**invisíveis**), na maioria das vezes exercidos exclusivamente pelas mulheres/mães (**cuidados com a família**) e não valorizados.

Isso porque é indispensável o reconhecimento jurídico do valor do trabalho das pessoas que realizam cuidados, pois o tempo, o desgaste (físico e emocional), a empatia, a sensibilidade, o conhecimento técnico/científico e a sabedoria de quem cuida deve ser valorizado, uma vez que cuidar é um trabalho que não pode ser reduzido ou confundido como uma mera doação caridosa, sacrifício virtuoso ou subemprego degradante de quem cuida.

Portanto, é necessário superar a compreensão estereotipada do cuidado como uma atribuição exclusiva ou predominante das mulheres para avançar para a noção de **corresponsabilidade** social e de gênero. Afirmar o direito humano ao cuidado é uma forma de **ressignificação** do lugar e da função de cuidadora que o patriarcado e o machismo estrutural atribuíram, sobretudo, às mulheres.

Na dimensão transversal de gênero, há deveres recíprocos entre homens e mulheres no trabalho doméstico não remunerado e nas obrigações familiares. Uma nova organização social do cuidado é indispensável para modificar a **divisão sexual do trabalho** e para construir paradigmas democráticos, éticos e jurídicos, baseados em relações humanas iguais, solidárias e justas entre homens e mulheres.

3 CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA MULTINÍVEL

As transformações do constitucionalismo contemporâneo permitem a desconstrução crítica de discursos tradicionais, para promover a superação da ideia de **neutralidade epistêmica** do Direito, bem como favorecer o questionamento de desigualdades estruturais e históricas, entre elas, a de gênero. Nesse contexto atual de expansão da jurisdição constitucional e valorização dos Tratados de Direitos Humanos, o **constitucionalismo multinível feminista** surge como uma virada epistemológica no Direito Constitucional, isto é, como um movimento crítico, plural e complexo, que tem como fio condutor a interpretação e a aplicação do princípio da igualdade em sentido substancial.

O **constitucionalismo feminista multinível** busca a expansão da dignidade da pessoa humana pela concretização dos direitos humanos das mulheres. O Direito Civil Constitucional reconhece a **eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, que possui força vinculante e irradiante nas relações privadas (artigo 5º, inciso I e § 2º, da Constituição Federal).

Para tornar efetiva a tutela dos direitos e garantias humanas fundamentais de meninas e mulheres, grupo histórico e socialmente vulnerabilizado (também denominado minorias não-hegemônicas), é importante analisar o fenômeno da violência doméstica e familiar a partir da dimensão do **constitucionalismo feminista multinível**. Tal perspectiva possibilita a recontextualização da realidade a partir das injustiças sociais, empodera juízas e juízes, comprometidos com a equidade de gênero, na busca de soluções jurídicas que diminuam as relações assimétricas de poder entre mulheres e homens. Além disso, reduz a cultura da violência estrutural causada pela misoginia, pelo machismo estrutural e pelo patriarcado.

Em outras palavras, o Estado-Juiz deve atuar para inibir e combater medidas e decisões que produzam efeitos discriminatórios a determinados grupos em situação de maior vulnerabilidade social. Isso porque, em atenção à **teoria do impacto desproporcional**, certas regras jurídicas, políticas públicas, medidas administrativas ou decisões públicas ou privadas, embora detenham aparência de neutralidade, podem afetar negativa e desproporcionalmente determinados segmentos sociais, o que é incompatível com o princípio da igualdade em sentido substancial.

Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, promover e garantir direitos humanos, na perspectiva do **constitucionalismo feminista multinível**, para a melhor proteção dos grupos sociais mais vulnerabilizados, sempre pautado na proteção eficiente e digna da pessoa humana (princípio *pro persona*), inibindo a reprodução de obstáculos (culturais, econômicos, políticos e jurídicos) que diminuam o papel da mulher na família e na sociedade, como, historicamente, revela o patriarcalismo estrutural (Cambi; Nosaki, 2025).

À vista disso, não se pode – sob a ótica do constitucionalismo feminista e na dimensão do julgamento com perspectiva de gênero – impor à mulher, que também é mãe, a injusta escolha entre o exercício da maternidade e a oportunidade de crescimento profissional.

É necessário romper com a premissa da essencialidade do trabalho masculino e da eventualidade do trabalho feminino para superar a desigualdade de gênero e toda forma de vulnerabilização, discriminação ou inferiorização da condição laboral da mulher/mãe.

Deve-se, portanto, compatibilizar o direito humano fundamental ao trabalho (produtivo/remunerado) da mulher com a função (biológica e social) reprodutiva da maternidade, bem como com as corresponsabilidades familiares e parentais de cuidado dos filhos.

Aliás, as mães, costumeiramente, têm sido sobrecarregadas com o **trabalho doméstico** (inclusive de cuidados da prole, muitas das vezes exercidos de forma exclusiva e à exaustão por elas) e com o **profissional**.

Como se sabe, o hábito de gerenciar múltiplas tarefas simultaneamente aumenta os níveis de ansiedade, depressão e pode levar à exaustão mental (*burnout*). No Brasil, conforme dados da Organização Mundial de Saúde, 07 (sete) a cada 10 (dez) diagnósticos de ansiedade e depressão são de mulheres.

A carga mental, inclusive, está diretamente relacionada ao esforço psicológico e emocional que uma pessoa enfrenta para gerenciar suas atividades e responsabilidades pessoais e profissionais. O cansaço mental elevado, os problemas de saúde mental e a diminuição do bem-estar das mulheres-esposas/conviventes-mães, insista-se, está associado à sobrecarga feminina com o trabalho doméstico e o profissional, potencializado por estereótipos de gênero e expectativas/julgamentos sociais inerentes ao

patriarcado e a padrões culturais androcêntricos (que perpetuam a ideia da mulher multitarefa e da **mulher-maravilha**) – os quais impõem às esposas/mães a priorização das obrigações de cuidados dos maridos/conviventes e/ou filhos (além das pessoas com deficiência e idosas da família) e na organização da rotina do lar, em detrimento de outras demandas pessoais e profissionais – e pela ausência de responsabilidade compartilhada das obrigações familiares entre homens e mulheres.

Conforme dados levantados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2025), as mulheres desempenham, em média, 10 (dez) horas a mais no trabalho doméstico e de cuidado não remunerado em relação aos homens. Em 2022, as mulheres despenderam semanalmente 21h36 min, e os homens 11h48 min neste trabalho.

Embora a mulher-mãe possa delegar o **ato de cuidar** dos filhos para terceiros, geralmente são outras mulheres que acabam exercendo o cuidado, com baixa remuneração, o que aprofunda as desigualdades sociais. São as mulheres negras, normalmente as analfabetas ou com menor grau de instrução, que se submetem ao trabalho de cuidado mal remunerado, como empregadas domésticas e diaristas, o que gera a **feminização e a racialização da pobreza**, como reconhece o Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial do Conselho Nacional de Justiça:

[...] o analfabetismo e a baixa escolaridade contribuem para dificultar o acesso das pessoas negras a empregos formais e mais bem remunerados, impondo-lhes situações de desemprego, trabalho informal, exercício de atividades precárias e com baixa remuneração, como servente de obras, diarista, empregada(o) doméstica(o) e prestadores de serviços gerais. Para as mulheres negras, situadas na base da estrutura social, a situação de desvantagens se mostra ainda pior, na medida em que continuam a ser maioria no desempenho das tarefas de cuidado, tanto da própria família, quanto no papel de empregadas domésticas e diaristas.

A propósito, no segundo semestre de 2023, 46,1% da população negra ocupada trabalhava informalmente. Entre as mulheres negras, 46,5% trabalhava sem carteira assinada e não contribuía para a Previdência Social; mulheres negras, além disso, encontravam-se na parte

mais baixa da escala remuneratória, ganhando 38,4% menos que mulheres não negras, 52,5% menos que homens não negros e 20,4% menos que homens negros – estes ganhavam 40,2% menos que homens não negros e 22,5% menos que mulheres não negras (CNJ, 202-).

A divisão sexual do trabalho manifesta-se tanto como privilégio quanto como desvantagem e opressão (Biroli, 2019). São privilegiados aqueles com maior presença na política institucional, o que lhes confere mais oportunidades de influenciar a agenda pública e participar da elaboração de leis, políticas e precedentes judiciais. Por outro lado, estão as pessoas com menor acesso a esses espaços de poder e decisão – notadamente as mulheres, especialmente as mulheres negras, pobres e imigrantes –, que são menos escolarizadas, exercem trabalho precarizado e enfrentam restrições estruturais para exercer influência no sistema político.

De qualquer forma, na estruturação dos papéis sociais no modelo de família patriarcal, a carga mental recai sobre as mulheres na organização da rotina doméstica e familiar. Isso gera uma cobrança e um sentimento de culpa, como se ela fosse insubstituível e a responsável por tudo que acontece com a reprodução da vida, em casa e, em especial, com o cuidado das crianças e dos adolescentes, pessoas com deficiência, idosos e até do bem-estar do cônjuge ou companheiro. Quando ela precisa se ausentar, é considerada – muitas vezes por si mesma – como quem não está cumprindo integralmente com suas obrigações femininas, o que traz prejuízos à saúde mental e se manifesta em altos índices de depressão e ansiedade.

Nas palavras de Paloma de Sousa Pinho e Tânia Maria de Araújo (2012),

As mulheres têm apresentado consideravelmente mais sintomas de angústia psicológica e desordens depressivas do que os homens. Os transtornos mais frequentes entre as mulheres são aqueles relacionados aos sintomas de ansiedade, humor depressivo, insônia, anorexia nervosa e sintomas psicofisiológicos; enquanto os homens apresentam maiores taxas de distúrbios de conduta, tais como comportamento antissocial, uso de drogas e abuso de álcool.

A inserção feminina no mercado produtivo, ao contrário dos homens, é limitada por responsabilidades domésticas e familiares, tendo o emprego que ser adaptado às suas outras funções. Assim, estando ou não inseridas no mercado de trabalho, em geral as mulheres são donas-de-casa e realizam tarefas que, mesmo sendo indispensáveis para a sobrevivência e o bem-estar de todos os indivíduos, são socialmente desvalorizadas e desconsideradas.

[...]

Dentre os aspectos referentes ao trabalho doméstico associado a sintomas depressivos, ansiosos ou psicossomáticos destacaram-se a rotinização das tarefas, a desvalorização e interrupções constantes das mesmas.

Salienta-se também que fatores do ciclo da vida, tais como idade, situação conjugal, número de filhos, chefia da família e lazer, assim como o elevado volume de trabalho não pago realizado pelas mulheres, como a dupla jornada e o trabalho de cuidar da família, associados aos componentes emocionais, podem intensificar o sofrimento psíquico entre a população feminina.

A OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico) define o trabalho não remunerado como o tempo gasto, sem compensação financeira, em atividades domésticas, como cuidar de crianças, idosos ou outros familiares, além de tarefas como cozinhar, limpar, lavar roupa e realizar compras de itens domésticos (Epker; Almeida, 2023). Embora seja fundamental para o bom funcionamento das famílias, esse tipo de trabalho não é contabilizado no PIB (Produto Interno Bruto) de um país, que é uma medida utilizada para calcular o valor total de bens e serviços produzidos em uma economia ao longo de um ano. O PIB é um indicador importante do crescimento econômico de uma nação, mas não leva em conta o trabalho não pago realizado dentro de casa. No entanto, se as mulheres ao redor do mundo recebessem um salário mínimo por esse trabalho, sua contribuição para a economia global em 2020 seria de aproximadamente US\$ 10,9 trilhões — mais do que o dobro do valor gerado pela indústria global de tecnologia naquele ano, que foi de US\$ 5,2 trilhões. Vários países adotaram políticas para valorizar o trabalho doméstico não remunerado, embora essencial para a vida humana. Por exemplo: a

Islândia estabeleceu a licença parental compartilhada e campanhas sobre igualdade de gênero; a Argentina formalizou os direitos trabalhistas para empregadas domésticas; o México tem calculado o valor econômico do trabalho doméstico não remunerado, o que favorece a conscientização pública sobre a importância desse trabalho; a França adota políticas para dividir as tarefas domésticas de maneira mais equitativa entre homens e mulheres; e a Suécia possui políticas públicas de igualdade de gênero e incentivos para o exercício compartilhado da licença parental.

No Brasil, como regra geral, as mães que estão no mercado formal dispõem de 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, enquanto os pais apenas 5 (cinco) dias. Esse critério, aparentemente neutro, prejudica as mulheres com os cuidados primários dos filhos, com impactos negativos na participação das mulheres no mercado de trabalho. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam realidades contrastantes: a paternidade não afeta o homem no mercado de trabalho; ao contrário, confere a ele maior credibilidade e, portanto, empregabilidade. Diferentemente, as mulheres com filhos de até 5 (cinco) anos tem maior dificuldade de trabalharem, inclusive pela falta de políticas públicas suficientes (como vagas em creches).

A maternidade traz dificuldades econômicas para as mulheres, conforme explica pesquisa realizada por Janaína Feijó, da Fundação Getúlio Vargas (Mendes, 2025). Ao analisar os dados do IBGE, concluiu que, no último trimestre de 2024, as taxas de participação dos homens no mercado de trabalho foram de 92,2% para pais e 89% para não pais, enquanto as mulheres apresentaram taxas de 65% para mães e 72% para não mães. Esse quadro piora com a faixa etária dos filhos, com a participação das mães caindo para 58,9% entre aquelas com filhos de 0 a 5 anos, contra 72,2% entre mães de crianças de 6 a 15 anos. O estudo também aponta que a maternidade empurra muitas mulheres para o trabalho informal, como atividades autônomas ou domésticas, sem as garantias dos contratos formais. As taxas de informalidade são semelhantes entre homens, independentemente de terem filhos, enquanto as mães enfrentam uma taxa de 37%, contra 33% das não mães. No desemprego, a taxa geral é de 4,5%, mas sobe para 6,1% entre mães e 6% entre mulheres

sem filhos, superando a dos homens. Esse cenário reflete a realidade de muitas mulheres que, ao priorizarem a família, abandonam empregos, enfrentam dificuldades para retornar ao mercado de trabalho ou ocupam cargos de menor remuneração. O Brasil tem adotado uma visão limitada ao focar apenas na renda, apesar das reformas legislativas recentes que buscam reduzir a desigualdade salarial. Dessa forma, é necessário ampliar o acesso a creches e promover uma transformação cultural na divisão das responsabilidades familiares, já que apenas 38,7% das crianças de 0 a 3 anos têm acesso a esse serviço, distante da meta de 50% estabelecida há uma década.

Nesse viés, revela-se indispensável a valorização, na fixação dos alimentos em favor dos filhos ou das próprias mulheres (na condição de ex-cônjuges ou de ex-conviventes), dos trabalhos domésticos por elas exercidos – não raras as vezes de maneira exclusiva e à exaustão, sobretudo com os cuidados da família –, geralmente **invisíveis** e não considerados (nem remunerados).

4 TRABALHO DOMÉSTICO DAS MULHERES, SOBRETUDO COM CUIDADOS DA FAMÍLIA. CONSIDERAÇÃO PARA FINS DE FIXAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA

Para o arbitramento dos alimentos, deve-se observar a **proporcionalidade** entre a **necessidade** do alimentando e a **possibilidade** do alimentante (daí o denominado, pela literatura jurídica e pela jurisprudência, **trinômio alimentar**), sendo, para tanto, indispensável considerar, notadamente, os trabalhos domésticos da mulher (**invisíveis**), em especial os cuidados despendidos à família.

Nessa linha de intelecção, quanto às verbas alimentares direcionadas às crianças recém-nascidas ou com poucos meses de vida, o Estado-Juiz pode – com fundamento na lógica do razoável, nas máximas da experiência comum, baseadas na observação do que normalmente acontece (artigo 375 do Código de Processo Civil), e na aplicação de presunções judiciais, construídas também com auxílio da noção de boa-fé processual em sentido objetivo – considerar os diversos obstáculos, até mesmo de ordem socioeconômica, da genitora quando ela é **mãe solo** (isto

é, quando o genitor não assume, logo após o nascimento do infante, suas responsabilidades parentais), configurando, assim, a única cuidadora da criança, mormente quando inexistente rede de apoio ou acesso a serviços e a equipamentos públicos de auxílio.

Na hipótese, outrossim, de os filhos em idade infantojuvenil residirem com a mãe, **o trabalho doméstico** – ligado ao dever diário de cuidado (como o preparo do alimento, a limpeza do lar para propiciar um ambiente limpo e saudável, lavagem das roupas, acompanhamento escolar etc., mas também as tarefas mentais de organizar o funcionamento da casa, a rotina da prole e, eventualmente, de outras pessoas que dependem do cuidado familiar), por exigirem uma disponibilidade de tempo maior da mulher, sobrecarga que lhe retira oportunidades no mercado laboral, no aperfeiçoamento cultural, na participação na vida pública e no cuidado de si própria – **deve ser considerado, contabilizado e valorado** para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade no cálculo dos alimentos, já que são, por igual, indispensáveis à satisfação das necessidades, bem-estar e desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social) das crianças e dos adolescentes.

Aliás, consoante enfatizam Flávia Piovesan, Melina Girardi Fachin e Sthefany Felipp (2025):

A abordagem do cuidado a partir da interseccionalidade expõe como políticas públicas genéricas e descontextualizadas podem, ao invés de aliviar, agravar as desigualdades e marginalizar ainda mais aqueles que já se encontram em situações de vulnerabilidade. **A sobrecarga de cuidados não remunerados sobre mulheres**, a precariedade das condições de trabalho para cuidadores informais e as barreiras institucionais enfrentadas por crianças, migrantes e pessoas com deficiência, evidenciam que o direito ao cuidado, quando desconsiderado pelo Estado e pela sociedade, transforma-se em mais um mecanismo de perpetuação das desigualdades estruturais.

[...]

[Há] emergência de um novo paradigma radicado no direito ao cuidado como **direito humano autônomo**,

no âmbito do **sistema jurídico multinível**, com ênfase à contribuição do sistema interamericano. Como já realçado, o sistema interamericano tem impulsionado a formação de um “*corpus juris* interamericano” relativo ao direito ao cuidado, a partir do desenvolvimento de sua jurisprudência, de conceitos e de princípios, considerando a Convenção Americana um “*living instrument*” a demandar interpretação dinâmica e evolutiva. A Corte Interamericana vem gradativamente avançando na consolidação do direito ao cuidado como direito humano autônomo. A Opinião Consultiva solicitada pelo Estado da Argentina sobre o tema será uma oportunidade decisiva para a pavimentação de estândares interamericanos referentes ao direito ao cuidado. A consolidação do direito ao cuidado e dos deveres estatais dele decorrentes, no marco de responsabilidades coletivas compartilhadas, será capaz de revelar o impacto transformador do sistema interamericano.

O princípio da parentalidade responsável (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal) – concretizado por meio do pagamento de alimentos fixados em montante proporcional aos esforços da mulher, com a realização de trabalhos domésticos e diários na educação da criança ou adolescente – é um instrumento de desconstrução da **neutralidade epistêmica** e superação histórica de diferenças de gêneros, de identificação de estereótipos presentes na cultura que comprometem a imparcialidade jurídica, de promoção da equidade do dever de cuidado de pai e mãe no âmbito familiar, além de ser um meio de promoção de direitos humanos e de justiça social (artigos 4º, inciso II, e 170, *caput*, da Constituição Federal).

Destaca-se que, em situações análogas, tem-se, na jurisprudência, aplicado a teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*) – originada na jurisprudência estadunidense –, a qual, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal¹, “reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um

¹ ADPF 291/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, J. 28.10.2015, DJe 10.05.2016.

determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade” e da equidade.

Logo, considerar o trabalho doméstico da mulher no cuidado das crianças e dos adolescentes – como um fator inafastável na proporção dos alimentos devidos aos filhos pelos pais – é uma forma de reconhecer e, indiretamente, remunerar o tempo dedicado pela mãe na educação da prole, dando, com isso, maior dignidade à maternidade e apresentando meios de promover a equidade de gênero, a ética do cuidado e a parentalidade responsável.

A propósito do tema, explica Flávia Biroli:

As mulheres assumem o cuidado das crianças, dos idosos e das pessoas com necessidades especiais em grau desproporcional em relação aos homens. Isso ocorre tanto quando o fazem como parte de suas funções cotidianas na vida doméstica – e, portanto, sem serem remuneradas por isso – como quando são cuidadoras ou trabalhadoras domésticas remuneradas. As mulheres que exercem o cuidado como trabalho remunerado e aquelas que o exercem sem remuneração e sem a possibilidade de terceirizar parte dele a trabalhadoras remuneradas são aquelas que, inversamente, estão mais distantes de ter acesso ao cuidado qualificado, isto é, de receber cuidado quando ele se faz necessário. Uma das faces cruéis da responsabilização desigual é a atribuição às mães não apenas de tarefas cotidianas, mas da responsabilidade por “educar” e “proteger” seus filhos, em ambientes sociais nos quais o Estado não apenas se esquivava de fornecer garantias básicas, como a proteção à vida, como também viola direitos formalmente constituídos (Biroli, 2019, p. 11).

Assim, a valorização do trabalho doméstico da mulher, para fins de arbitramento de alimentos (seja no cálculo da proporcionalidade para os filhos, seja para ela própria), é uma leitura jurídica pautada na ética do cuidado e no combate às desigualdades de gênero, resultante da naturalização do ideal patriarcal de ser a mulher a responsável, única ou prioritariamente, pelo cuidado no espaço doméstico (divisão sexual do trabalho).

As mulheres, não raras as vezes, assumem o cuidado das crianças, dos adolescentes, dos idosos e das pessoas com necessidades especiais em grau desproporcional em relação aos homens, fazendo-o como parte de suas funções cotidianas na vida doméstica – sem serem remuneradas ou reconhecidas por isso –, o que é um fator de injustiças sociais, uma vez que elas ficam sobrecarregadas e com menos tempo para se dedicarem à profissão, aos estudos, à vida política e ao cuidado de si mesmas.

Não foi por outro motivo, aliás, que o Conselho Nacional de Justiça, no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (2021), ressaltou:

A divisão sexual do trabalho é simultaneamente fruto e reprodutora de desigualdades, reforçando-as no que se refere a estereótipos, assimetrias, hierarquias e desigualdades (materiais e simbólicas). A partir de uma perspectiva interseccional, é necessário lembrar que os papéis socialmente atribuídos variam de acordo com os marcadores sociais que incidem sobre as mulheres em sua diversidade, o que se reflete nas expectativas e oportunidades de trabalho. Sem prejuízo, é possível identificar alguns padrões – ainda que operem de maneiras distintas e que estejam em constante movimento.

Um desses padrões é a divisão entre trabalho produtivo e trabalho reprodutivo. Historicamente, na sociedade capitalista, atribuiu-se aos homens o trabalho produtivo, que se dá na esfera pública, é remunerado, tem reconhecido valor social e por meio do qual se obtém renda suficiente para corresponder ao papel do gênero masculino de provedor. Paralelamente, atribuiu-se e naturalizou-se o ideário patriarcal de ser a mulher a responsável, única ou prioritariamente, pelo trabalho reprodutivo, ou de cuidado (remunerado e não remunerado), isto é, o trabalho de manutenção da vida e de reprodução da sociedade. O trabalho de cuidado tem dupla dimensão. Na esfera do espaço privado doméstico, pode ser realizado de forma gratuita ou remunerada, neste último caso, por profissionais como empregadas domésticas, babás, cuidadoras e diaristas. Também o trabalho de cuidado se realiza na esfera externa ao ambiente privado, por meio de profissionais de saúde, limpeza, assistência

social, educação e alimentação. Encontra-se aqui uma marcada diferença entre mulheres de diferentes raças e classes no Brasil: muitas vezes mulheres brancas, de classes mais altas, têm a possibilidade de transferir o trabalho doméstico para outras mulheres – que muitas vezes atuam na informalidade ou recebendo salários baixos.

Independentemente do espaço (na esfera pública ou privada) e da forma (remunerado ou não) pela qual o trabalho de cuidado é desenvolvido, ele é predominantemente realizado por mulheres e, em geral, desvalorizado e invisibilizado.

Não bastasse, a interpretação dos artigos 1.584, § 2º, e 1.634, incs. I e II, do Código Civil à luz da Convenção de para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres, da Organização das Nações Unidas (ONU), conduz às seguintes conclusões: i) a necessidade de reconhecer e valorizar a contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade; ii) a relevância da importância da função social da maternidade; iii) a plena igualdade entre homens e mulheres, no ambiente doméstico e familiar, e a responsabilidade compartilhada de pai e mãe no desempenho dos deveres de cuidado e educação dos filhos; iv) a adoção de medidas necessárias, inclusive judiciais, para suprimir todas as formas de dominação masculina e discriminação sexual contra as mulheres.

Nesse sentido, vale destacar precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: Agravo de Instrumento nº 0013506-22.2023.8.16.0000, Rel. Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi, J. 02.10.2023 e Agravo de Instrumento nº 0130819-67.2024.8.16.0000, Rel. Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi, J. 12.05.2025.

Não se pode desprezar que os trabalhos domésticos desenvolvidos pelas mulheres, sobretudo de cuidados da família, geram consequências sucessivas, contínuas, constantes, perduráveis e, até mesmo, permanentes. Muitas delas não conseguem se profissionalizar (ao menos não adequadamente) pela falta de tempo e em razão de estarem sobrecarregadas (física e mentalmente). A ausência de qualificação ou as capacitações **precárias** ou **insuficientes**, ou ainda a falta de experiência profissional

– mesmo após o crescimento dos filhos e a suposta **desnecessidade** dos cuidados deles –, é fator que dificulta ou até obsta a permanência ou a reinserção no mercado de trabalho. Em razão da maternidade, e por vezes para acompanhar os maridos ou conviventes, muitas mulheres são prejudicadas profissionalmente, não conseguindo assegurar uma fonte de renda similar a dos homens, que normalmente não são prejudicados profissionalmente com o nascimento e a educação dos filhos.

Aliás, embora a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça aponte que os alimentos às mulheres ex-cônjuges ou ex-conviventes – sejam civis, sejam compensatórios (humanitários ou patrimoniais) – não têm caráter vitalício; isto é, são **extraordinários** e **transitórios**, deve-se analisar cada caso. Admite-se, excepcionalmente, a prorrogação ou, até mesmo, a perenidade do dever de prestar alimentos quando evidenciadas a incapacidade financeira da alimentanda e a impossibilidade prática de sua inclusão (ou reinserção) no mercado de trabalho, sobretudo diante de eventual idade avançada e de **longo período dedicado unicamente à família e ao lar** (v.g., STJ, AgInt no AREsp 2.068.437/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, J. 22.08.2022; STJ, AgInt no REsp 1.951.351/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, J. 27.06.2022).

A respeito dos efeitos econômicos – decorrentes do divórcio ou da dissolução da união estável – às mulheres que dispenderam boa parte do seu tempo aos trabalhos domésticos não remunerados nem invisibilizados, e, por isso, têm uma redução drástica e significativa na sua renda e nos seus recursos financeiros, explica Rolf Madaleno (2020) – apontando estudo realizado por Hayley Fischer e Hamish Low – que a média de tempo para as mulheres, **já altamente educadas** e que se divorciam ou dissolvem a união estável, se recuperem financeiramente é de nove anos (imagine-se, então, para aquelas que não tiveram nenhum aprimoramento ou aperfeiçoamento educacional, nem experiência profissional):

O fato é que, diante da separação dos casais, **o impacto do divórcio sobre a renda e sobre os recursos financeiros entre homens e mulheres são, em regra, perversamente desiguais**. Hayley Fischer e Hamish Low estudaram na Inglaterra e País de Gales os efeitos econômicos do divórcio de centenas de casais, fazendo uso de dados

coletados durante quinze anos pelo Instituto Britânico de Pesquisas de Domicílios Paineis (BHPS), examinando o tamanho da queda na renda após o divórcio e durante quanto tempo essa persiste. Constataram, também, que após o divórcio, o rendimento dos homens aumenta cerca de 23%, enquanto o das mulheres cai substancialmente em 31%. Seus estudos concluem que a força motriz da recuperação da renda das mulheres está no fato de elas encontrarem um novo parceiro, sendo mais afetados pelo divórcio aqueles divorciados mais velhos e aqueles que ficam com as crianças, e para estas mulheres não há facilidade da escolha do recasamento. Tais impactos financeiros não são tão sentidos apenas em países onde a sociedade civil é mais igualitária, como no caso da Suécia, onde são altas as taxas de participação feminina no mercado de trabalho. Informam ainda as pesquisadoras que mulheres com baixo peso e sem filhos sofrem menos com o divórcio. **A recuperação financeira das mulheres divorciadas, para que retomem o seu nível de ganho ao período pré-divórcio, é de cerca de nove anos após a separação para as mulheres altamente educadas.** Contam como paradigma o casamento da senhora MacFarlane para ilustrar aqueles matrimônios onde a **mulher deixa de trabalhar para criar e cuidar dos filhos, e sobrevivendo o divórcio sofreu as perdas da ruptura, além de perder o apoio do marido e incorrer em perda de ganhos potenciais que teria se tivesse continuado a trabalhar durante o casamento.** Suas avarias seriam mitigadas pela sua participação crescente no mercado de trabalho dentro do casamento, contudo, dado sua ausência no mercado de trabalho ela deixou de acumular experiência extra e suas habilidades profissionais foram depreciando pelo transcurso do tempo. Tivesse ela continuado a trabalhar e seu potencial de ganho em comparação a de seu cônjuge seria de 66%, **cuja posição ela só voltará a recuperar depois de dez anos, dependendo da idade e do nível de escolaridade, sendo maiores as chances para os mais jovens e mais instruídos** (Madaleno, 2020, p. 1.703-1.704).

A fixação do tempo de duração da prestação alimentícia para ex-cônjuges ou ex-conviventes exige uma minuciosa análise do Estado-Juiz, diante das circunstâncias e das provas de cada caso concreto. De

todo modo, é preciso a realização de pesquisas econômicas aplicadas para que critérios socioeconômicos sejam desenvolvidos, inclusive para evitar decisões arbitrárias, que não gerem segurança jurídica nem promovam justiça, seja à alimentanda (quando a prestação alimentícia é arbitrada aquém do que seria devido), seja ao alimentante (quando determinada por tempo superior ao necessário). Afinal, os alimentos se submetem ao princípio da boa-fé objetiva, não se destinando ao enriquecimento sem causa de nenhuma das partes da relação jurídica (artigo 884 do Código Civil).

Tal constatação dificulta a construção de critérios razoáveis e proporcionais pelo Poder Judiciário no arbitramento da justa prestação alimentícia, mas não impede a conclusão da indispensabilidade e imprescindibilidade da valoração do trabalho doméstico para a fixação de alimentos (seja em favor dos filhos, seja em favor da mulher ex-cônjuge ou ex-convivente). A retribuição pelos cuidados da família – não remunerado e invisibilizado – é uma forma de conferir maior dignidade à maternidade, além de promover a equidade de gênero, a ética do cuidado, a parentalidade responsável e o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres.

5 CONCLUSÃO

Neste artigo, pretendeu-se apresentar as razões pelas quais é imprescindível levar em consideração, na fixação dos alimentos, os trabalhos domésticos exercidos pelas mulheres, sobretudo com os cuidados da família.

Não se pode considerar, única e exclusivamente, a condição econômico-financeira dos alimentantes, já que o dever de cuidado dos filhos, além de ser de responsabilidade de ambos os pais, está ligado a tarefas diárias (como o preparo do alimento, a limpeza do lar para propiciar um ambiente limpo e saudável, lavagem das roupas, acompanhamento escolar etc., e também a atividades mentais de organizar o funcionamento da casa, a rotina da prole e, eventualmente, de outras pessoas que dependem do cuidado familiar). Exigem, normalmente, uma disponibilidade de tempo maior da mulher, sobrecarga física e mental que lhe retira oportunidades

no mercado laboral, no aperfeiçoamento cultural, na participação na vida pública e no cuidado de si própria.

Assim, considerar a desproporcionalidade do trabalho doméstico da mulher no cuidado das crianças e dos adolescentes – como um fator inafastável na proporção dos alimentos devidos aos filhos pelos pais – é uma forma de reconhecer e, indiretamente, remunerar o tempo dedicado pela mãe na educação da prole, dando, com isso, maior dignidade à maternidade e apresentando meios de promover a equidade de gênero, a ética do cuidado e a parentalidade responsável.

É, pois, indispensável o exame casuístico para se reconhecer, se for o caso, os trabalhos domésticos da mulher (não remunerados e invisíveis) para a quantificação dos alimentos, seja em favor dos filhos, seja em prol delas mesmo (na condição de ex-cônjuge ou ex-convivente).

Trata-se de uma hipótese de aplicação do constitucionalismo feminista multinível, o que exige a concretização de normas internas e internacionais, contidas no Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero (Recomendação nº 128/2022 e Resolução nº 492/2023) do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, é dever do Estado-Juiz superar preconceitos e desconstruir o estereótipo biologicista e cultural da mulher-mãe-cuidadora. A luta social por equidade de gênero não é e nem pode ser transformada em **uma guerra entre homens e mulheres**. A concentração e a sobrecarga das responsabilidades familiares com as mulheres têm como consequência a desvalorização do papel e da importância paterna na formação psíquica da criança e do adolescente. O menor contato dos filhos com o pai dificulta a criação de vínculos afetivos e a transmissão de experiências de vida e de valores éticos, o que traz prejuízos ao desenvolvimento integral dos infantes e, por consequência, a toda a sociedade. Além disso, devido às opções pessoais e aos diversos fatores que envolvem o sucesso profissional, nem sempre o pai consegue manter a postura de provedor econômico da família, a exigir uma nova postura na educação dos meninos para que não se sintam coagidos a adotar um papel social incompatível com os cenários econômicos e a realidade contemporânea do mercado laboral.

A sobrecarga física e mental das mulheres tem impactos negativos não apenas na vida pessoal e laboral delas, que ficam exaustas e têm menor disponibilidade de tempo e energia para se qualificarem, exercerem atividades remuneradas, participarem da vida pública e cuidarem de si mesmas. A falta de corresponsabilidade dos deveres familiares e parentais traz também outros efeitos nocivos, como, no plano macroeconômico, a diminuição das taxas de fecundidade e a redução da força de trabalho, o que afeta a competitividade e a produtividade dos setores público e privado. No âmbito coletivo, a distribuição desequilibrada de direitos e deveres entre homens e mulheres influi na menor participação política e na baixa representatividade nos cargos governamentais mais elevados, o que traz consequências na formulação de políticas e na aplicação do orçamento público sem equidade de gênero.

As injustiças de gênero prejudicam a vida em família – como a perda de renda familiar, o aumento do trabalho infantil e a redução de oportunidades de educação para crianças e adolescentes –, além de contribuir com o aumento de conflitos sociais, inclusive da incidência das múltiplas formas de violências domésticas e familiares.

Por isso, a valorização do trabalho doméstico não remunerado não pode ser ignorada pelo Direito das Famílias, em especial pelo Poder Judiciário na aplicação do Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, conclui-se que, na fixação dos alimentos, deve ser considerado não apenas o trinômio alimentar (necessidade-possibilidade-probabilidade), mas também o tempo e os cuidados efetivamente dedicados à criação, educação e bem-estar dos filhos, reconhecendo-se o valor social e econômico do trabalho doméstico e familiar de cuidado – normalmente, não valorizado, invisibilizado, não remunerado e com impactos desproporcionais às mulheres (sobrecarregadas com duplas ou triplas jornadas de trabalho) – porque é indispensável à promoção e à manutenção da **vida digna**, bem como à efetivação de outros direitos humanos fundamentais inter-relacionados (como saúde, educação, trabalho e moradia).

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra mulher (CEDAW). Recomendação nº 35. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/3380888/3539315/Recomenda%C3%A7%C3%A3o+n.+35+-+CNJ.pdf/fe48760e-29b1-3243-5373-df3d31688340#:text=%C3%A0%20viol%C3%AAncia%20dom%C3%A9stica.-,A%20tradu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20Geral%20n.,sua%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20Poder%20Judici%C3%Ario>. Acesso em 13 maio 2025.

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdade**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2019.

BIROLI, Flávia. Divisão sexual do trabalho, gênero e democracia. *In*: **Introdução ao pensamento negro feminista**: por um feminismo para os 99% [recurso eletrônico]. São Paulo: Boitempo, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação geral nº 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW)**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero** [recurso eletrônico]. Brasília: CNJ; Enfam, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em 13 maio 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva Racial**. Brasília: CNJ, 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 13 maio 2025

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 13 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 13 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 13 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 291/DF.** Relator: Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 28 out. 2015, DJe 10 maio 2016.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito das famílias com perspectiva de gênero:** aplicação do protocolo de julgamento do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação 128/2022 e Resolução 492/2023). Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2024.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; NOSAKI, Letícia de Andrade Porto. Constitucionalismo feminista multinível: julgamento com perspectiva de gênero no Direito das Famílias. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, v. 68, mar./abr. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José, Costa Rica: Organização dos Estados Americanos, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 13 maio 2025.

EPKER, Eva; ALMEIDA, Fernanda. Economia do cuidado: mulheres são responsáveis por mais de 75% do trabalho não remunerado. **Forbes**, São Paulo, nov. 2023. Seção Forbes Mulher. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-mulher/2023/11/economia-do-cuidado-mulheres-sao-responsaveis-por-mais-de-75-do-trabalho-nao-remunerado/>. Acesso em 13 maio 2025.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Trabalho doméstico e de cuidados não remunerado**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/retrato/indicadores/trabalho-domestico-e-decuidados-nao-remunerado/apresentacao#:~:text=No%20Brasil%2C%20o%20fato%20de,os%20homens%201h48min%20neste%20trabalho>. Acesso em 13 maio 2025.

MENDES, Laura. Maternidade e trabalho: desafios das mulheres no Brasil expostos em estudo. **Inspired News**, São Paulo, 23 abr. 2025. Disponível em: <https://www.inspirednews.com.br/maternidade-e-trabalho-desafios-das-mulheres-no-brasil-expostos-em-estudo>. Acesso em 13 maio 2025.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0013506-22.2023.8.16.0000**. Relator: Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi, julgado em 02 out. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 12ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 0130819-67.2024.8.16.0000**. Relator Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi, julgado em 12 maio 2025.

PINHO, Paloma de Sousa; ARAÚJO, Tânia Maria de. Associação entre sobrecarga doméstica e transtornos mentais comuns em mulheres. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, v. 15, n. 3, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2012000300010&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 13 maio 2025.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; FELIPP, Sthefany. O Direito Humano ao Cuidado no Sistema Interamericano. *In: Proteção jurídica dos cuidados*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS
ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DA
SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL NA
RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fabio Resende Leal

**A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DA
SUCUMBÊNCIA PROCESSUAL NA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA***

**THE FIXATION OF ATTORNEY'S FEES ARISING FROM PROCEDURAL
DEFEAT IN THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE**

Fabio Resende Leal

Doutor e mestre em Direito (Centro Universitário de Bauru – CEUB/Instituição Toledo de Ensino – ITE); Especialista em Direito Empresarial (CEUB/ITE); Bacharel em Direito (CEUB/ITE); Professor Titular da Universidade Paulista – UNIP (graduação e pós-graduação em Direito); Professor convidado da Escola Superior da Advocacia – ESA (pós-graduação e extensão em Direito) e do CEUB/ITE; Membro da Comissão Especial de Direito Processual Civil da OAB/SP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI; Membro do Conselho Editorial da Juruá Editora e do Editorial Juruá; Membro do Corpo de Pareceristas do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação – CONSINTER e da Revista Internacional CONSINTER de Direito; Relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP; autor dos livros “Processo civil para iniciantes”, “Recurso especial: teoria e prática” (em sua 2.a ed.) e “Celeridade processual como pressuposto de efetividade dos direitos fundamentais”; e Sócio de Leal & Leal Advogados, com 25 anos de atuação no contencioso empresarial.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. 3 SENTENÇA, INCIDENTE PROCESSUAL, VENCIDO, SUCUMBÊNCIA E CAUSALIDADE. 4 CAUSALIDADE E PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO PROCESSO. 5 FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS POR EQUIDADE. 6 SUCUMBÊNCIA RECURSAL. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

SUMMARY: 1 INTRODUCTION. 2 OWNERSHIP OF ATTORNEY'S FEES. 3 JUDGMENT, PROCEDURAL INCIDENT, DEFEATED PARTY, DEFAULT, AND CAUSALITY. 4 CAUSALITY AND SUPERVENING LOSS OF THE PROCESS OBJECT. 5 FIXATION OF FEES BY EQUITY. 6 RECURRING DEFAULT. 7 CONCLUSION. REFERENCES.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar, de maneira objetiva, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca de questões envolvendo os honorários advocatícios sucumbenciais. Foram pesquisados

no acervo eletrônico do STJ acórdãos pelos quais fixadas teses jurídicas que devem nortear país afora decisões sobre a titularidade dos honorários sucumbenciais; conceitos de sentença, incidente processual, vencido e sucumbência; causalidade e distribuição dos encargos financeiros do processo quando há a perda superveniente do objeto; fixação da verba honorária por equidade; e sucumbência recursal. A pesquisa, de cunho empírico e qualitativo, mostra como, passados nove anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, o STJ vem interpretando e aplicando os dispositivos legais referentes aos honorários de sucumbência.

Palavras-chave: honorários advocatícios; sucumbência; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This article aims to present, in an objective manner, the recent jurisprudence of the Superior Court of Justice regarding issues involving succumbing attorney's fees. Decisions were researched in the electronic database of the STJ where legal theses were established to guide decisions across the country about ownership of attorney's fees; judgment, procedural incident, defeated party, default, and causality; causality and supervening loss of the process object; fixation of fees by equity; and recurring default. The empirical and qualitative research demonstrates how, after nine years of the enforcement of the 2015 Civil Procedure Code, the STJ has been interpreting and applying the legal provisions regarding succumbing attorney's fees.

Keywords: attorney's fees; default; jurisprudence; Superior Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

O advogado, em regra profissional liberal sem salário propriamente dito, tem nos honorários a sua principal forma de remuneração. Três são as origens dos honorários advocatícios, os quais, em apertada síntese, podem decorrer de convenção contratual, condenação e arbitramento, nos termos do artigo 22, *caput*, da Lei n.º 8.206/1994. Aos primeiros, dá-se o nome de

honorários contratuais; aos segundos, **honorários sucumbenciais**, já que, a princípio, relacionados à sucumbência, isto é, à derrota processual; e aos terceiros, **honorários arbitrados judicialmente**, pois são fixados pelo juiz em ação de arbitramento de honorários, a ser proposta quando não houver contrato escrito de honorários entre cliente e advogado. Interessa, por ora, falar apenas dos honorários sucumbenciais, assunto que vem angustiando partes e, em especial, advogados desde antes da promulgação, em 16 de março de 2015, do atual Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015).

Os honorários advocatícios mereceram do legislador de 2015 bastante atenção. No Código de Processo Civil de 2015, os artigos 85 a 90 cuidam do tema, sendo que apenas o artigo 85, a principal referência legal, tem 22 parágrafos, três dos quais acrescentados recentemente pela Lei n.º 14.365/2022. O esforço do legislador, porém, não resolveu todos os problemas práticos e hermenêuticos, havendo ainda bastante polêmica no que se refere aos honorários advocatícios, notadamente os sucumbenciais.

Nesse cenário, atua como protagonista o Superior Tribunal de Justiça, que detém a prerrogativa constitucional de estabelecer precedentes – dotados, inclusive, de força vinculante – a respeito de nosso direito processual federal. As decisões da Corte que têm como pano de fundo a exegese do Código de 2015 devem pautar a forma de decidir dos demais tribunais e juízes. Não há razão para se colocar o STJ no ápice da pirâmide que é o sistema de justiça brasileiro, para que dê a última palavra sobre o direito federal pátrio, se, contraditoriamente, se admitir julgamentos de órgãos hierarquicamente inferiores em sentido contrário ao definido pelo tribunal de sobreposição. Daí a necessidade de se conhecer, estudar e compreender os precedentes e a jurisprudência do STJ acerca dos honorários advocatícios, escopo este que se emprestou ao presente artigo.

A seguir, serão analisados acórdãos – de preferência mais recentes e julgados pela técnica dos recursos repetitivos (CPC/1973, art. 543-C, e CPC/2015, arts. 1.036 a 1.041), por serem precedentes vinculantes ou, como se diz no Regimento Interno do STJ, “qualificados” (art. 121-A) – acerca da (i) titularidade dos honorários sucumbenciais; (ii) conceitos de sentença, incidente processual, vencido e sucumbência; (iii)

causalidade e distribuição dos encargos financeiros do processo quando há a perda superveniente do objeto; (iv) fixação da verba honorária por equidade; e (v) sucumbência recursal. Dar-se-á especial atenção à ruptura da jurisprudência até então estabelecida no sentido de ser incabível a condenação em honorários advocatícios no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, bem como aos desdobramentos da primeira tese fixada nos Recursos Especiais n.ºs 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, a qual proibiu, como regra, a fixação por equidade dos honorários fora das situações definidas pelo artigo 85, parágrafo 8.º, do Código de Processo Civil de 2015 (Tema n.º 1.076).

A base principal da pesquisa foi o acervo jurisprudencial do STJ. Trata-se, pois, de investigação de cunho empírico. Entretanto, cabe ressaltar a inexistência de viés quantitativo. Dada a imensidão do acervo disponibilizado pela corte para pesquisa em seu site, é praticamente impossível quantificar ou mensurar numericamente os diversos posicionamentos encontrados. Por isso, optou-se por pesquisa empírica, porém qualitativa, no intuito de explicitar à comunidade jurídica como, passados nove anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015, o STJ vem interpretando e aplicando os dispositivos legais referentes aos honorários de sucumbência.

A ressalva é importante para que inadvertidamente não se pense que as teses e julgados a seguir apresentados representam a posição final do tribunal sobre os respectivos assuntos. Ao contrário, ver-se-á que, em muitas matérias, ainda não há linearidade decisória. Este artigo, portanto, não passa de uma fotografia fugaz do momento presente. Como ainda falta – é preciso reconhecer – maturidade para que o STJ se comporte e seja respeitado como verdadeira corte de precedentes, mudanças de posição a curto ou médio prazo são possíveis e até prováveis.

2 TITULARIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

O Código de Processo Civil de 2015, como é consabido, dispõe que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao **advogado** do vencedor” (art. 85, *caput*). Sendo assim, nos processos regidos por

tal norma, a derrota naquilo que postulou perante o Estado-juiz traz ao perdedor a obrigação de pagar honorários não à parte contrária, mas, sim, ao(s) seu(s) advogado(s).

“Os honorários constituem direito do advogado” (CPC/2015, art. 85, § 14, 1.ª parte), que, caso queira, “pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio” (CPC/2015, art. 85, § 15). O advogado, como titular do direito de percebê-los, pode executar o capítulo da sentença referente aos honorários em seu próprio nome (legitimidade ordinária) ou “requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor” (Lei n.º 8.906, art. 23). Pode, ainda, em comum acordo com seu constituinte, optar por executar a condenação ao pagamento da verba honorária em nome deste (legitimidade extraordinária ou substituição processual), junto, quase sempre, com o restante do pagamento a que faz jus seu cliente, ganhador que foi do feito.

Quanto a esses pontos, vigente o Código de Processo Civil de 2015, não há mais discussão nem na doutrina nem na jurisprudência; está superado o debate que se estabeleceu antes da Lei n.º 8.906/1994 por conta do que previa o Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 20, segundo o qual a sentença deveria condenar o vencido a pagar ao **vencedor** (e não ao advogado) os honorários advocatícios.¹ A única dúvida remanescente refere-se à legitimidade **concorrente** de parte e patrono. Em dezembro de 2023, foi afetado o Recurso Especial n.º 2.035.052/SP, para “definir se há legitimidade concorrente do advogado e da parte para promover a execução dos honorários advocatícios” (Tema n.º 1.242). A tese que vier a ser fixada neste precedente qualificado pode significar ruptura com o entendimento que, hoje, parece prevalecer na corte, segundo o qual

¹ Antes de a Lei n.º 8.906/1994, no referido artigo 23, prever o caráter **remuneratório** dos honorários, a serem pagos diretamente a quem por eles trabalhou, o advogado da parte vencedora, havia o entendimento de que, pela fria letra do artigo 20 do Código de 1973, os honorários teriam natureza **ressarcitória**, isto é, o vencedor os devia receber para compensar o valor que, por contrato, havia pagado ao seu procurador.

há legitimidade concorrente de advogado e constituinte para rediscutir, em grau de recurso, a fixação da verba honorária.²

Parcialmente superadas a Súmula n.º 453 do Superior Tribunal de Justiça e a tese fixada no Recurso Especial n.º 886.178/RS (Tema n.º 222), as quais proibiam a cobrança, em execução ou ação própria, dos honorários sucumbenciais quando omissa a respeito decisão transitada em julgado. O *overruling* se deu por conta do artigo 85, parágrafo 18, do Código de 2015 (Negrão, 2023, p. 185; Leal, 2023, p. 129). Embora vedada a execução, pela ausência de título executivo e inadimplência, pode o advogado do vencedor buscar o arbitramento de seus honorários em ação autônoma.

3 SENTENÇA, INCIDENTE PROCESSUAL, VENCIDO, SUCUMBÊNCIA E CAUSALIDADE

Em outros pontos, o Código de Processo Civil de 2015 causa perplexidade, a começar pela palavra “sentença” de que se vale o *caput* de seu artigo 85. Não é só a **sentença** (CPC/2015, art. 203, § 1.º) que deve condenar o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. Algumas **decisões interlocutórias** (CPC/2015, art. 203, § 2.º) devem igualmente condenar o sucumbente ao pagamento da verba honorária, como, por exemplo, a que julga procedente parcela dos pedidos formulados na inicial (CPC/2015, art. 356). Da mesma forma a decisão interlocutória que acolhe, em parte, impugnação ao cumprimento de sentença ou

² “RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CPC DE 2015. LEGITIMIDADE RECURSAL CONCORRENTE DA PARTE E DO ADVOGADO. 1. A regra do art. 99, § 5o, do CPC, não trata da legitimidade recursal, mas da gratuidade judiciária e, notadamente, do requisito do preparo, deixando claro que, mesmo interposto recurso pela parte que seja beneficiária de gratuidade judiciária, mas que se limite a discutir os honorários de advogado, o preparo deverá ser realizado acaso o advogado também não seja beneficiário da gratuidade. 2. Não há confundir esse requisito de admissibilidade com aquele relativo à legitimidade recursal concorrente da parte e do próprio titular da verba de discutir os honorários de advogado. 3. A própria parte, seja na vigência do CPC de 1973, inclusive após o reconhecimento do direito autônomo dos advogados sobre a verba honorária, ou mesmo na vigência do CPC de 2015, pode interpor, concorrentemente com o titular da verba honorária, recurso acerca dos honorários de advogado. 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (STJ, 3.ª Turma, REsp n.º 1.776. 425/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06/06/2021, DJe 11/06/2021).

exceção de pré-executividade, provocando, com isso, a extinção parcial da execução.³ Paradoxalmente, a decisão interlocutória que rejeita na íntegra a impugnação ou a exceção de pré-executividade não deve carrear ao impugnante ou excipiente o pagamento de honorários, mesmo que tenha havido trabalho vencedor do advogado do impugnado ou excepto, conforme reiteradamente decide o Superior Tribunal de Justiça desde o julgamento, como repetitivo (CPC/1973, art. 543-C), do Recurso Especial n.º 1.134.186/RS (Temas n.ºs 407 a 410 e Súmula n.ºs 517 e 518).⁴

Ainda acerca do (des)acolhimento da exceção de pré-executividade, tempos depois, em julgamento o Recurso Especial n.º 1.358.837/SP, se fixou tese de acordo com a qual, “Observado o princípio da causalidade, é cabível a fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta” (Tema n.º 961).⁵

Em regra, por falta de autorização expressa do Código de Processo Civil de 1973, não se permitia “a incidência de honorários advocatícios em incidente processual ou recurso”. Entretanto, a jurisprudência do STJ,

³ Sendo total a extinção da execução, o pronunciamento judicial deverá ser conceituado e tratado como sentença, apta, sem dúvida, a ensejar a fixação da verba honorária, como se depreende dos arts. 85, *caput* e § 1.º, 203, § 1.º, e 925, todos do CPC/2015.

⁴ “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: [...] Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC. 2. Recurso especial provido” (STJ, Corte Especial, REsp n.º 1.134.186/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/11/2011, DJe 21/10/2011). Teses firmadas: “Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. Em caso de sucesso da impugnação, com extinção do feito mediante sentença (art. 475-M, § 3º), revela-se que quem deu causa ao procedimento de cumprimento de sentença foi o exequente, devendo ele arcar com as verbas advocatícias. O acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução.” Em sentido parecido, mas sob a perspectiva da execução fiscal: “É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade” (Tema n.º 421).

⁵ STJ, 1.ª Seção, REsp n.º 1.358.837/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 10/03/2021, DJe de 29/03/2021.

enquanto vigente aquele diploma legal, admitia a fixação da verba honorária em determinados incidentes bem específicos, como a denunciação da lide, dado seu caráter eminentemente contencioso.⁶

O Código de 2015, por sua vez, passou a permitir os honorários na reconvenção, que pode ter natureza de incidente, especialmente quando traz terceiros para o processo (art. 343, §§ 3.º e 4.º), e nos recursos (art. 85, § 1.º). A nova regra permitiu a revisão do entendimento jurisprudencial contra a chamada sucumbência recursal, assunto de que tratará o item 6 vindouro.

A princípio, porém, se manteve, como regra, a não fixação em incidentes, por ausência de previsão legal. Eis o principal motivo pelo qual o STJ entendia pela impossibilidade de fixar honorários no incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ).⁷ Tal entendimento foi abandonado desde que a 3.ª Turma proferiu acórdão assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NATUREZA JURÍDICA DE DEMANDA INCIDENTAL. LITIGIOSIDADE. EXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. FIXAÇÃO. CABIMENTO. 1. O fator determinante para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não pode ser estabelecido a partir de critérios meramente procedimentais, devendo ser observado o êxito obtido pelo advogado mediante

⁶ REsp n. 471.307/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6/4/2010, DJe de 19/4/2010.

⁷ “RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. ART. 85, § 1º, DO CPC/2015. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em incidente processual, ressalvados os casos excepcionais. Precedentes. 2. Tratando-se de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o descabimento da condenação nos ônus sucumbenciais decorre da ausência de previsão legal excepcional, sendo irrelevante se apurar quem deu causa ou foi sucumbente no julgamento final do incidente. 3. Recurso especial provido” (STJ, 3.ª Turma, REsp n.º 1.845.536/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26/05/2020, DJe 09/06/2020).

o trabalho desenvolvido. 2. O CPC de 2015 superou o dogma da unicidade de julgamento, prevendo expressamente as decisões de resolução parcial do mérito, sendo consequência natural a fixação de honorários de sucumbência. 3. Apesar da denominação utilizada pelo legislador, o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica tem natureza jurídica de demanda incidental, com partes, causa de pedir e pedido. 4. O indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tendo como resultado a não inclusão do sócio (ou da empresa) no polo passivo da lide, dá ensejo à fixação de verba honorária em favor do advogado de quem foi indevidamente chamado a litigar em juízo. 5. Recurso especial conhecido e não provido.⁸

Primeiro a votar, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator originário, concluiu pela possibilidade de fixação de honorários advocatícios, entendendo que, no IDPJ, existe pretensão exercida e resistida e que há precedentes do STJ que reconhecem o cabimento da verba honorária em indecentes processuais dotados de litigiosidade. Dele discordou a Ministra Nancy Andrighi, para quem

Nada sugere, pois, que, a partir da estruturação desse incidente, tenha havido a proposital fixação da natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica como uma ação ou demanda incidental, mas, ao revés, somente que pretendeu o legislador assegurar o contraditório prévio e, assim, tanto melhor que seja por intermédio de um procedimento em apartado do processo principal. [...] a desconsideração da personalidade jurídica, seja pelo incidente processual, seja pela petição inicial, tem o potencial de ampliar subjetivamente a responsabilização, mas não tem o condão de ampliar

⁸ STJ, 3.^a Turma, REsp n.º 1.925.959/SP, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12/09/2023, DJe 22/09/2023. A questão foi devolvida à Corte Especial pela interposição de embargos de divergência, admitidos pelo Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira (REsp n.º 1.925.959/SP). Quando da revisão deste artigo (em maio de 2025), o recurso ainda não havia sido julgado. A última decisão, de abril de 2025, deferiu pedido de substituição processual. É provável que este REsp seja dirimido em conformidade com a tese que, posteriormente, foi estabelecida no REsp n.º 2.072.206/SP, sobre o qual se falará a seguir.

objetivamente o litígio, ou seja, discute-se de quem será a responsabilidade (se da pessoa jurídica, dos sócios ou da pessoa jurídica e dos sócios) pelo ato ou pela dívida objeto da pretensão (que continuará sendo a mesma, independentemente do direcionamento da responsabilidade).

19) A repercussão do estabelecimento dessas premissas na temática dos honorários advocatícios está em afirmar que a pretensão resistida que justifica o arbitramento da remuneração do advogado é una, de modo que sobre ela não poderá incidir a verba honorária em duplicidade. [...] a espécie de decisão, seja interlocutória ou sentença, que admite a condenação em honorários é aquela que se relaciona com o objeto litigioso (resolvendo o pedido formulado pelo autor, com ou sem mérito, no todo ou em parte) ou aquela que resolve questão que se incorporou ao objeto litigioso, ampliando-o, em virtude de um pedido (como, por exemplo, na reconvenção) ou em razão do ingresso de um terceiro (como, por exemplo, na denúncia da lide).

28) Não por acaso, aliás, a base de cálculo dos honorários sucumbenciais está indissociavelmente vinculada ao objeto litigioso (pela ordem, condenação, proveito econômico e, residualmente, valor da causa), de modo que a instituição de um regime de ampliação subjetiva da responsabilização pelo ato ou pelo débito entre pessoa jurídica e sócios, mas sem ampliar objetivamente o litígio, não é suficiente e não deve influenciar o exame sobre a necessidade, ou não, de serem fixados honorários advocatícios sucumbenciais.

Na sequência, votou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, entendendo, em suma, que a rejeição do IDPJ deve ser equiparada à extinção parcial do processo em virtude da exclusão de litisconsorte passivo, hipótese na qual, de acordo com a jurisprudência do STJ, deve haver a condenação do autor ao pagamento de honorários sucumbenciais. O Ministro Moura Ribeiro, por fim, acrescentou em seu voto vista:

apesar do incidente da desconsideração ser resolvido por decisão interlocutória (art. 136 do CPC), ele envolve, claramente, uma **pretensão resistida** – como

bem afirmado no voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – tendo em consideração que um terceiro será citado para se defender de um suposto abuso cometido através do uso da personalidade jurídica (art. 135 do CPC) e, conseqüentemente, precisará contratar advogado para evitar que seu patrimônio seja afetado, em razão da sua eventual responsabilização por dívida alheia.

Indubitável, portanto, o caráter litigioso da referida demanda incidental, que envolve, muitas vezes, discussões complexas, exigindo ampla instrução probatória e uma atuação investigativa por parte do advogado, já que, conforme supramencionado, a base fundamental da teoria da desconsideração consiste no combate a fraude. [...] Uma vez julgado procedente o incidente de desconsideração (direta ou inversa), não há maiores dificuldades para se concluir pelo descabimento do encargo da verba honorária, na medida em que a ação principal será retomada com a inclusão dos sócios na qualidade de responsáveis patrimoniais aos quais, eventualmente, será atribuída a sucumbência, em caso de procedência da ação. Ou seja, os honorários serão fixados em uma só condenação, que levará em consideração o trabalho desenvolvido pelo advogado no respectivo incidente.

Por outro lado, julgado improcedente o IDPJ, há inegável extinção da relação processual criada entre o autor e o réu do incidente, por meio de decisão interlocutória parcial de mérito, cujo conteúdo fará coisa julgada material, aproximando-se, assim, da natureza de sentença. [...] Em que pese a decisão de resolução do IDPJ não ter natureza de sentença, nem tampouco estar presente no rol do art. 85, § 1.º do CPC, não pode ser ignorado o fato de que a necessidade de pagamento das verbas honorárias decorre da existência de sucumbência de uma das partes, e não da natureza jurídica da decisão. (Grifo do autor)

Depreende-se dos votos que formaram a corrente vencedora a ideia de que a decisão que resolve o IDPJ (CC, art. 50; CDC, art. 28; e CPC/2015, art. 133 a 137) tem natureza de **interlocutória de mérito**, com

efetiva cognição judicial e conteúdo decisório (CPC/2015, art. 203, § 2.º), e será precedida de **ampla discussão e produção probatória** (CPC/105, arts. 135 e 136), etapas durante as quais é **indispensável** a participação de **advogado** (CPC/2015, art. 103). Deve, por isso, condenar quem perdeu – credor suscitante do incidente ou pretensão corresponsável suscitado – ao pagamento da verba honorária.

A tese foi reafirmada, pela maioria dos integrantes da Corte Especial, no Recurso Especial n.º 2.072.206/SP, julgado em 17 de fevereiro de 2025:

O indeferimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, tendo como resultado a não inclusão do sócio (ou da empresa) no polo passivo da lide, dá ensejo à fixação de verba honorária em favor do advogado de quem foi indevidamente chamado a litigar em juízo.

Prevaleceu a posição externada pelo Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, segundo o qual, em síntese, pelo caráter eminentemente contencioso do IDPJ, sua improcedência – que tem como consequência prática a não inclusão no processo de cobrança do sócio ou da sociedade como corresponsável pelo pagamento da dívida, de maneira parecida com o que ocorre na exclusão de litisconsorte passivo (extinção parcial do processo) – há de ensejar a fixação de verba honorária.

É importante observar que o Recurso Especial n.º 2.072.206/SP foi afetado para julgamento pela técnica dos repetitivos, visando solucionar, de forma perene, a questão então controvertida (possibilidade de fixação de honorários advocatícios na hipótese de rejeição do pedido formulado em IDPJ), com o auxílio, inclusive, da Federação Brasileira de Bancos (Febraban), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) como *amici curiae*. Portanto, agora, se está diante de tese jurídica estabelecida em precedente qualificado, de obrigatoria observância como paradigma decisório nos casos análogos (CPC/2015, art. 927, III).

Apesar da ruptura com a jurisprudência que, até pouco tempo atrás, mais do que “dominante”, podia ser considerada uníssona, pois

de indiscriminada adoção no STJ,⁹ não houve – ao menos por ora – a **modulação** dos efeitos desse precedente qualificado, tal como previsto pelo artigo 927, parágrafo 3.º, do Código de Processo Civil de 2015.¹⁰ Essa falta pode vir a se mostrar problemática, pois, com certeza, muitos credores optaram por suscitar o incidente confiantes de que eventual insucesso não lhes traria prejuízo financeiro, por conta do entendimento outrora prevalente quanto ao descabimento da condenação em honorários. Em prol da segurança jurídica, no julgamento do repetitivo pela Corte

⁹ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS AGRAVANTES. 1. A orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça é **pacífica** no sentido de que, em virtude da ausência de previsão legal específica, **não** é cabível condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, sendo irrelevante a qual das partes se possa imputar a sucumbência ou a responsabilidade por dar causa à instauração do incidente. 2. Agravo interno desprovido” (STJ, 4.ª Turma, AgInt no AREsp n.º 2.131.090/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 27/03/2023, DJe 31/03/2023.) (grifo nosso).

¹⁰ Vencida no REsp n.º 1.925.959/SP, a Min. Nancy Andrighi argumentou contra a mudança de entendimento (“não há, respeitosamente, razão suficiente para modificação do entendimento desta 3.ª Turma em tão pouco espaço de tempo e sem nenhuma nova ou relevante circunstância fática ou jurídica ocorrida após aquele julgamento” [REsp n.º 1.845.536/SC]), assunto a respeito do qual também versou o voto vista do Min. Moura Ribeiro: “penso que um novo exame da matéria se justifica, pois, naquele julgamento, o cabimento dos honorários no IDPJ foi analisado, estritamente, sob a ótica do princípio da causalidade (pelo voto vencido) e da impossibilidade jurídica em razão da ausência de previsão legal (pelo voto vencedor). [...] Percebe-se, portanto, que não foram levadas em consideração, no julgamento anterior, circunstâncias jurídicas relevantes, quais sejam: a existência de litigiosidade no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, a finalidade da fixação dos honorários sucumbenciais no atual ordenamento jurídico e a natureza da decisão que resolve o IDPJ como interlocutória parcial de mérito (art. 354, parágrafo único e art. 356 do CPC). Soma-se a isso o fato de que, passados mais de três anos da publicação do REsp 1.845.536/SC, o cabimento de fixação de honorários em incidente de desconconsideração da personalidade jurídica continua suscitando dúvidas e os Tribunais de Justiça seguem proferindo decisões divergentes, clamando por maior ênfase sobre o assunto. Por tal motivo, com a devida vênia ao entendimento esposado pela Ministra Nancy Andrighi, entendo que há motivos relevantes para propormos uma modificação do entendimento desta Terceira Turma [...]”. No REsp n.º 2.072.206/SP, nem os votos proferidos em sentido contrário ao que acabou prevalecendo fizeram referência à jurisprudência consolidada contra a fixação da verba honorária. A Ministra Nancy, nesta feita, aderiu ao voto do Ministro Relator, passando a considerar que, “diante da rejeição do IDPJ, não há razões para se afastar a fixação de honorários sucumbenciais”.

Especial, a tese deveria ter sido delineada com efeitos prospectivos, o que ainda pode acontecer, por meio de embargos de declaração. A recorrente e o *amicus* Febraban opuseram declaratórios visando obter efetiva decisão sobre a modulação dos efeitos do precedente, com o que que concordou o *amicus* IBDP.

Outro termo que, extraído do artigo 85 em análise, vez ou outra causa dúvida hermenêutica é “vencido”. Vencido, por óbvio, é aquele que, no curso ou ao final do processo, restou derrotado em suas pretensões. Se, *verbi gratia*, o autor postulou a condenação do réu ao pagamento de mil reais, terá ele sido “vencido” diante de sentença que integralmente rejeite seu pedido. Diversamente, “vencido” será o réu, quando o juiz acolher na íntegra a pretensão autoral. Na primeira situação, o autor será o condenado a pagar honorários advocatícios, encargo que recairá ao réu na segunda.

É possível, ainda, que haja **sucumbência parcial**. Se, no exemplo supra, dos mil reais pedidos, o juiz apenas conceder duzentos reais, o autor terá parcialmente sucumbido em oitocentos reais, hipótese na qual deverá pagar ao advogado do réu sobre o valor que não lhe foi deferido (R\$ 800,00), cabendo ao réu, por sua vez, remunerar o advogado do autor na proporção de sua sucumbência (R\$ 200,00). Também não se pode descartar a **sucumbência recíproca**: o autor pediu a condenação do réu em mil reais, mas, pela sentença, receberá apenas a metade, devendo pagar ao advogado do réu honorários sobre R\$500,00, mesmo encargo que cabe ao seu *ex adverso* (CPC/2015, art. 86, *caput*).

Como a verba honorária pertence aos advogados, é vedada a compensação (CPC/2015, art. 85, § 14) e, em qualquer desses casos, o procurador da parte “vencedora” poderá cobrar a importância que lhe cabe da “vencida”. Parece haver unanimidade no STJ quanto à impossibilidade de compensação, em decorrência da tese fixada no Recurso Especial n.º 1.520.710/SC (Tema n.º 587, alínea “b”)¹¹ e da robusta jurisprudência sobre a questão.

¹¹ “Inexistência de reciprocidade das obrigações ou de bilateralidade de créditos: ausência dos pressupostos do instituto da compensação (art. 368 do Código Civil). Impossibilidade de se compensarem os honorários fixados em embargos à execução com aqueles fixados na própria ação de execução.”

Situação diferente se dá quando a parte perde “parte mínima” do que estava a postular em juízo. Voltando ao exemplo dos mil reais, terá o autor decaído de parte mínima de seu pedido se o juiz condenar o réu a lhe pagar R\$ 990,00. Em tal hipótese, é o réu quem responde por inteiro pelo pagamento dos honorários devidos ao patrono do autor (CPC/2015, art. 86, parágrafo único). Não foi encontrada a respeito dessas questões divergência na jurisprudência do STJ.

4 CAUSALIDADE E PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DO PROCESSO

Na prática, todavia, nem sempre é simples definir quem dos litigantes venceu e quem perdeu, admitindo-se, até mesmo, a condenação daquele que aparentemente obteve o “bem de vida” que buscava por meio do processo. Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, era muito comum se falar em sucumbência e em causalidade, partindo da premissa de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (Chiovenda, 1998, v. 1, p. 67). Em linhas gerais, o artigo 20, *caput*, traria o princípio (ou, para alguns, regra) da sucumbência (tal como faz, hoje, o art. 85, *caput*, do CPC/2015), o qual, muitas vezes, por si só, não se mostrava satisfatório ou suficiente para se resolver a questão da distribuição do custo financeiro do processo, abrindo espaço para a aplicação do **princípio da causalidade**, segundo o qual a parte que, sem razão, deu causa à instauração do processo deve responder pelas despesas daí decorrentes, incluindo a verba honorária.¹²

¹² “Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes” (STJ, 4.ª Turma, REsp n.º 264.930/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13/09/2000, DJ 16/10/2000, p. 319); “O princípio da sucumbência cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide” (STJ, 3.ª Turma, AgRg no AI n.º 615.423/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17/03/2005, DJ 11/04/2005, p. 293); e “Os ônus sucumbenciais subordinam-se ao princípio da causalidade: devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo” (STJ, 1.ª Turma, REsp n.º 664.475/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/05/2005, / DJ 16/05/2005, p. 253).

Trata-se de situação comum nos embargos de terceiro (CPC/2015, art. 674 a 681). Neste tipo de procedimento especial, mesmo com o acolhimento do pedido deduzido na inicial (desconstituição da constrição judicial),

os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro (Tema n.º 872).¹³

Ressalte-se que o vigente Código de Processo Civil, em regra não encontrada em seu antecessor, dispôs expressamente sobre a causalidade no parágrafo 10 de seu artigo 85: “Nos casos de perda do objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo.” Pela literalidade da norma, é possível afirmar que não é a parte que deu causa à **perda superveniente do objeto** do processo que deve arcar com o pagamento da verba honorária, e, sim, a parte que deu causa ao **processo**. A diferença não é desprezível. Na doutrina, Ronaldo Cramer defende caber a quem provocou a perda superveniente do objeto do processo pagar os honorários,¹⁴ mas, por ora,

¹³ STJ, 1.ª Seção, REsp n.º 1.452.840/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/09/2016, DJe 05/10/2016. De forma parecida, a Súmula n.º 303 do STJ, estabelecida ainda em 2004, dispõe que, “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”.

¹⁴ “No caso de perda de objeto da ação, quem tiver dado causa a essa situação pagará honorários de sucumbência. Compreenda-se a perda de objeto como a desnecessidade da tutela jurisdicional por força de ato da parte. Por exemplo, o autor ajuíza ação contra determinada autarquia, pedindo a condenação dela a aceitar a sua participação na licitação sem determinado documento. No curso do processo, o autor opta por juntar o documento e tem sua inscrição deferida, tornando desnecessária a tutela jurisdicional. Como o autor deu causa a essa situação, ele pagará os honorários de sucumbência ao réu. Agora, imagine-se a mesma ação. Só que, no curso do processo, o réu resolve aceitar a inscrição do autor sem o controverso documento. Nessa hipótese, a desnecessidade da tutela se deu por obra do réu, devendo ele arcar com os honorários de sucumbência” (Bueno, 2017, v. 1, p. 447).

parece não haver entendimento predominante a respeito da questão no Superior Tribunal de Justiça.

No Recurso Especial n.º 1.641.160/RJ, a 3.ª Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, enfrentou-se a controvérsia de

determinar se a recorrente deve ser condenada ao pagamento dos ônus da sucumbência quando a ação de cobrança na qual figura como ré foi julgada extinta, sem resolução de mérito, em virtude de pagamento efetuado por terceiro.

Naquela oportunidade, se decidiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. PAGAMENTO DO DÉBITO POR TERCEIRO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. [...] 3. Em função do princípio da causalidade, nas hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento das custas e dos honorários advocatícios. Precedentes. 4. Sendo o processo julgado extinto, sem resolução de mérito, cabe ao julgador perscrutar, ainda sob a égide do princípio da causalidade, qual parte deu origem à extinção do processo sem julgamento de mérito, ou qual dos litigantes seria sucumbente se o mérito da ação fosse, de fato, julgado. Precedentes. 5. A situação versada nos autos demonstra que é inviável imputar a uma ou a outra parte a responsabilidade pelos ônus sucumbenciais, mostrando-se adequado que cada uma das partes suporte os encargos relativos aos honorários advocatícios e às custas processuais, rateando o *quantum* estabelecido pela sentença. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.¹⁵

¹⁵ STJ, 3.ª Turma, REsp n.º 1.641.160/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/03/2017, DJe 21/03/2017.

Acórdão da 1.^a Turma relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves entendeu pela responsabilização de quem deu causa à perda superveniente do objeto processual:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PERDA DO OBJETO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO EM CONSONÂNCIA COM O STJ. SITUAÇÃO FÁTICA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. [...] 2. À luz do princípio da causalidade, extinto o processo sem julgamento do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à extinção do feito deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios. [...] 4. Agravo interno não provido.¹⁶

Pela responsabilidade da parte que deu causa ao processo posteriormente extinto sem resolução de mérito pela perda de seu objeto, entre vários outros, cite-se acórdão também da 1.^a Turma, mas relatado pelo Ministro Sérgio Kukina:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS - FPM. MULTA DO ART. 8º DA LEIN.3.254/16. EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA N. 753/2016. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. 1. Em função do princípio da causalidade, nas hipóteses de extinção da demanda sem resolução do mérito, decorrente da perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios. [...] 4. Agravo interno parcialmente provido tão somente para fixar, por equidade, os valores devidos a título de honorários advocatícios.¹⁷

¹⁶ STJ, 1.^a Turma, AgInt no REsp n.º 2.004.646/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 09/11/2022, DJe 14/11/2022.

¹⁷ STJ, 1.^a Turma, AgInt no REsp n.º 1.836.344/SE, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 10/08/2020, DJe 17/08/2022.

Como afirmado linhas acima, não há aparentemente direção única da jurisprudência acerca da questão. Não obstante, é provável um acomodamento no sentido de que é a parte que, sem razão, deu causa à **extinção** do feito que deve pagar honorários advocatícios, pois, na essência, é essa a ideia por detrás do princípio da causalidade que, ao que consta, levou o legislador a cunhar o ora analisado parágrafo 10, a partir do antes mencionado pensamento de Giuseppe Chiovenda.

5 FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS POR EQUIDADE

Ainda mais tormentosa vem sendo a discussão sobre a fixação da verba honorária por equidade, assunto assim tratado pelo legislador de 2015 e 2022:

§ 2.º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 6.º Os limites e critérios previstos nos §§ 2.º e 3.º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 6.º-A. Quando o valor da condenação ou do proveito econômico obtido ou o valor atualizado da causa for líquido ou liquidável, para fins de fixação dos honorários advocatícios, nos termos dos §§ 2.º e 3.º, é proibida a apreciação equitativa, salvo nas hipóteses expressamente previstas no § 8.º deste artigo.

§ 8.º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º

§ 8.º-A. Na hipótese do § 8.º deste artigo, para fins de fixação equitativa de honorários sucumbenciais, o juiz deverá observar os valores recomendados pelo Conselho

Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil a título de honorários advocatícios ou o limite mínimo de 10% (dez por cento) estabelecido no § 2.º deste artigo, aplicando-se o que for maior.

Pouco mais de um mês antes de a Lei n.º 14.365/2022 alterar a redação originária da Lei n.º 13.105/2015, incluindo no artigo 85 os parágrafos 6.º-A, 8.º-A (supratranscritos) e 20 (referente ao arbitramento judicial), a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses (Tema n.º 1.076):¹⁸

- i) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2.º ou 3.º do artigo 85 do CPC – a depender da presença da Fazenda Pública na lide –, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa.
- ii) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.

Têm-se, desde então, como regra geral, a proibição de se fixar honorários por equidade fora das hipóteses do parágrafo 8.º, mesmo

¹⁸ Foram afetados para definição da questão os REsp n.ºs 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP (j. 16/03/2022, DJe 31/05/2022). Não houve unanimidade. Os Min. Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e João Otávio de Noronha votaram com o relator, Min. Og Fernandes. Vencidos as Min. Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Maria Thereza de Assis Moura e Maria Isabel Gallotti e o Min. Herman Benjamin. Houve a interposição de dois recursos extraordinários, ambos, a princípio, admitidos pela Presidência do STJ. Ainda no STJ, foi julgado no mesmo sentido o REsp n.º 1.644.077/PR, ao que se seguiu a interposição de recurso extraordinário, igualmente admitido, remetido e autuado no STF como RE n.º 1.412.073. Foi neste recurso extraordinário que o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele tratada (Tema n.º 1.255: “Possibilidade da fixação dos honorários por apreciação equitativa (artigo 85, § 8.º, do Código de Processo Civil) quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem exorbitantes”). Quando da redação e revisão deste artigo (entre outubro de 2023 e maio de 2025), ainda não havia sido concluído o julgamento de mérito.

nas causas de alto valor. No entanto, apesar do Tema n.º 1.076, o STJ parece tender a manter a fixação equitativa da verba honorária sempre que entender pela **impossibilidade** de se quantificar o **proveito econômico**.¹⁹

No Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.868.795/PR, tendo por base voto da lavra do Ministro Herman Benjamin, a 2.ª Turma, por unanimidade, decidiu pelo afastamento do Tema n.º 1.076 em razão das peculiaridades do caso concreto então em análise, embargos de terceiro a serem julgados, primeiramente, sob o enfoque do princípio da causalidade (Súmula n.º 303 e Tema n.º 872, ambos do STJ), e não do princípio da sucumbência. O Ministro Herman também considerou que, naquela específica situação, a discussão em torno da impenhorabilidade do imóvel (suscitada nos embargos de terceiro) era divorciada da dimensão econômica da demanda principal (execução), nada justificando que esta servisse de parâmetro para a fixação dos honorários advocatícios, os quais, assim não fosse, acabariam sendo arbitrados em patamares elevados e, conseqüentemente, desproporcionais com a complexidade da causa.²⁰

Em 11 de setembro de 2023, foi julgado pelos ministros integrantes da 4.ª Turma o Agravo Interno no Recurso Especial n.º 2.046.938/SP, oportunidade quando se reafirmou, mesmo após o estabelecimento do Tema n.º 1.076, o entendimento fixado no Agravo Interno no Recurso

¹⁹ Matéria publicada pelo site Consultor Jurídico (Conjur) em 20/01/2023 apontou seis causas nas quais se distinguiu as questões então em julgamento da versada nos REsp n.ºs 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP, permitindo-se, via de consequência, o arbitramento por equidade dos honorários em temas envolvendo direito à saúde, revisão de contrato bancário, cancelamento de dívida, exclusão do polo passivo na execução fiscal, classificação de créditos em recuperação judicial e homologação de sentença estrangeira (Vital; Angelo, 2023).

²⁰ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. FIXAÇÃO COM BASE NA SÚMULA 303/STJ. HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA QUE JUSTIFICA O AFASTAMENTO DO TEMA REPETITIVO 1.076/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL”. Neste caso, o Relator, Ministro Mauro Campbell Marques, retificou seu primeiro voto e passou a acompanhar o Ministro Herman, vendo-se diante de “hipótese excepcionalíssima”, por força da qual “cabível o afastamento a tese firmada em sede de recurso repetitivo (Tema 1.076)” (STJ, 2.ª Turma, AgInt no REsp n.º 1.868.795/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23/05/2023, DJe 30/06/2023).

Especial n.º 1.878.411/DF, conforme o qual, não sendo estimável o proveito econômico advindo da decisão proferida na primeira fase da ação de exigir contas (CPC/2015, art. 552), inexistindo inclusive correspondência com o valor da causa, os honorários advocatícios devem ser fixados equidade (CPC/2015, art. 85, § 8.º).²¹

Discutiu-se no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 2.070.552/TO a fixação dos honorários em exceção de pré-executividade oposta pelo sócio e, ao final, acolhida na íntegra, com a consequente exclusão do excipiente do polo passivo de execução fiscal. Considerando inestimável o proveito econômico em tal caso, os ministros da 1.ª Turma negaram provimento ao recurso e, ao fazê-lo, mantiveram a fixação da verba honorária por equidade,²² tal como, anteriormente, acontecera, entre outros, no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.880.560/RN.

²¹ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRIMEIRA FASE. EXTINÇÃO POR ILÉGITIMIDADE ATIVA. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS. EQUIDADE. PRECEDENTES. 1. Agravo interno contra decisão que havia dado provimento ao recurso especial para aplicar honorários em percentual sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2.º, do Código de Processo Civil. 2. Ação de prestação de contas que foi extinta na origem por ilegitimidade ativa *ad causam*, com fixação de verba honorária por equidade, diante de inexistência de condenação e de equivalência econômica entre o valor da causa e o benefício pretendido, sendo o conteúdo econômico inestimável. 3. A jurisprudência desta Corte Superior vem se firmando no sentido de que, ‘*considerando a extensão do provimento judicial na primeira fase da prestação de contas, em que não há condenação, inexistindo, inclusive, qualquer correspondência com o valor da causa, o proveito econômico mostra-se de todo inestimável, a atrair a incidência do § 8.º do art. 85 do Código de Processo Civil*’ (AgInt no AgInt no REsp n. 1.878.411/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/3/2022, DJe de 24/3/2022). Precedentes. 4. Agravo interno provido para negar provimento ao recurso especial” (STJ, 4.ª Turma, AgInt no REsp n.º 2.046.938/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11/09/2023, DJe 14/09/2023.) (grifo do autor).

²² “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. [...] 2. Consoante entendimento pacífico da Primeira Turma do STJ, a fixação da verba honorária em casos de acolhimento da exceção de pré-executividade que visa a exclusão de sócio do polo passivo da execução fiscal deve se dar por equidade, visto que é inestimável o proveito econômico obtido em casos que tais. Precedentes. 3. Trata-se de hipótese em que se dá o chamado *distinguishing*, porquanto a circunstância autorizadora da fixação dos honorários por equidade, na espécie, distingue o caso da previsão geral assentada no Tema 1076/STJ. 4. Agravo interno não provido” (STJ, 1.ª Turma, AgInt no REsp n.º 2.070.552/TO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 11/09/2023, DJe 13/09/2023).

Solução semelhante foi adotada no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.739.095/PE, caso no qual autorizada a fixação por equidade em exceção de pré-executividade oposta pela esposa do codevedor por se entender inestimável o proveito econômico por ela alcançado com o êxito de seu expediente defensivo.²³

Além dessas quatro situações, todas observadas depois da definição do Tema n.º 1.076, existem outras nas quais é bastante provável que o Superior Tribunal de Justiça persevere na fixação equitativa da verba honorária, entendendo não haver como estimar o proveito econômico, como, por exemplo, nas causas envolvendo o fornecimento de medicação gratuita e de forma contínua pelo Estado, para fins de tratamento de saúde, contexto no qual a Corte outrora admitiu “o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, na forma do art. 85, § 8.º, do CPC/2015, tendo em vista que o proveito econômico obtido é inestimável”.²⁴

²³ “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE APRESENTADA PELA ESPOSA DO CODEVEDOR. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO. NULIDADE DA FIANÇA. EXCLUSÃO DO FEITO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. LEI VIGENTE À DATA DA FIXAÇÃO OU MODIFICAÇÃO. ART. 85, § 8.º, DO CPC/2015. EXCIPIENTE QUE NÃO É PARTE NA LIDE EXECUTIVA. PROVEITO ECONÔMICO INESTIMÁVEL. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. AGRAVO INTERNO PROVIDO. [...] 2. Hipótese em que, acolhida a exceção de pré-executividade apresentada por terceiro, esposa de um dos coobrigados, levando à exclusão desta do polo passivo da execução, os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade, nos termos do art. 85, § 8.º, do CPC/2015, uma vez que, não sendo a excipiente parte na ação executiva, não se pode vincular a verba sucumbencial ao valor da causa dado na execução, sendo inestimável, no caso, o proveito econômico por ela auferido. 3. Agravo interno provido” (STJ, 4.ª Turma, AgInt no REsp n.º 1.739.095/PE, Rel. Min. Raul Araújo, j. 14/08/2023, DJe 18/08/2023).

²⁴ “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EQUIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. À luz do disposto no art. 85, § 8.º, do CPC/2015, ‘nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2.º’. 3. Nas ações em que se busca o fornecimento de medicação gratuita e de forma contínua pelo Estado, para fins de tratamento de saúde, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, tendo em vista que o proveito econômico obtido, em regra, é inestimável. 4. Na instância especial, a revisão do juízo

Importante, em adendo, registrar a inteligente solução dada ao Recurso Especial n.º 1.824.564/RS. De início, a credora executou crédito, estabelecido em sentença proferida a seu favor, que imaginava ser de R\$ 1.194.741,95. A devedora, ao impugnar o cumprimento de sentença, conseguiu reduzir a quantia exequenda para R\$ 22.934,87 e o Tribunal de Justiça manteve a sentença que arbitrara os honorários, por equidade, em R\$ 4.000,00. Entendeu-se que obrigar a exequente a pagar honorários de 10% sobre o valor da execução ou sobre o sobre o valor executado em excesso (sucumbência) a transmutaria de credora em devedora, o que, na prática, configuraria inaceitável injustiça.

A executada apresentou, então, recurso especial, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional (ofensa ao art. 85, §§ 2.º, 4.º, 8.º e 11, do CPC/2015), admitido na origem e distribuído, no STJ, à 3.ª Turma, onde, inicialmente, o Ministro Moura Ribeiro, relator, negou provimento ao apelo extremo, o qual pretendia a reforma do acórdão recorrido, para que a verba honorária fosse fixada entre 10 e 20% sobre o proveito econômico obtido, de R\$ 1.171.807,08, ou sobre o valor da causa. Sua Excelência afastou o Tema n.º 1.076, “tendo em conta que o caso que aqui se julga não se encarta nos parâmetros de incidência do destacado precedente qualificado” (*distinguishing*). Em acréscimo, adotando o princípio da causalidade, considerou ter sido a executada quem deu causa ao processo e, citando vários precedentes persuasivos, lembrou da impossibilidade de se fixar “honorários sucumbenciais com base no valor da diferença reconhecida pela decisão que acolhe apenas parcialmente a impugnação”, para concluir pela manutenção do aresto estadual.

A Ministra Nancy Andrichi votou pelo desprovimento do recurso especial, por considerar que a redução dos valores não havia sido apreciada no precedente vinculante da Corte Especial. Em seu voto-vista, a Ministra Nancy discorreu sobre a técnica da **distinção**, investigando se os mesmos

de equidade para a fixação da verba honorária somente é admitida nos casos em que o valor arbitrado é irrisório ou exorbitante, circunstância que não se vislumbra nos autos. 5. Agravo interno desprovido” (STJ, 1.ª Turma, AgInt no AREsp n.º 1.234.388/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 04/12/2018, DJe 05/02/2019).

fatos relevantes para o estabelecimento das teses fixadas no precedente qualificado estavam presentes no caso concreto posterior. Esta investigação revelou, em suas palavras,

que nenhum dos recursos representativos da controvérsia tencionou, sequer implicitamente, examinar uma hipótese idêntica ou semelhante àquela versada neste processo, em que se discute a fixação equitativa de honorários na hipótese de acolhimento parcial de impugnação ao cumprimento de sentença para reduzir o valor da dívida executado (*sic*) e se isso implicaria em proveito econômico para fins de incidência dos honorários advocatícios.

A Ministra Nancy, enfim, adotou a tese firmada no Recurso Especial n.º 1.134.186/RS (Tema n.º 410),²⁵ com o que manteve a fixação da verba honorária por equidade. O Ministro Moura Ribeiro pediu vista regimental dos autos e, depois, aderiu ao voto-vista trazido pela Ministra Nancy. Preponderou, porém, o voto divergente do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

No caso em apreço, o Tribunal de origem, por critério de equidade, fixou os honorários advocatícios devidos em impugnação ao cumprimento de sentença em R\$ 4.000,00 (dez mil reais), contrariando a jurisprudência firmada no referido precedente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para fixar os honorários advocatícios em 20% (dez por cento) sobre o valor do crédito executado e reconhecido como efetivamente devido.

²⁵ Cf. nota de rodapé n.º 4 *retro*. A Min. Nancy adotou referido precedente, ressaltando, contudo, a necessidade de sua superação, pela atual “incoerência atualmente existente entre os precedentes desta Corte”: de um lado, a sucumbência mínima em ação de conhecimento pela qual se postula indenização milionária por danos morais não gera honorários (REsp n.º 1.837.386/SP), mas, de outro, provoca a condenação ao pagamento da verba honorária na fase de cumprimento de sentença, se acolhida, ainda que em parte, a impugnação.

O Ministro Marco Aurélio Bellize, nessa linha, sugeriu que, ao invés de calcular os honorários sucumbenciais a partir do valor da causa (R\$ 1.100.000,00) ou do valor excedente subtraído da execução (pouco mais de um milhão de reais), a exequente deveria pagar honorários aos patronos da executada no percentual de 20% sobre os R\$ 22.934,87 que tem a receber. Quis-se, com essa forma de pensar, evitar que a credora, condenada ao pagamento de honorários, se transformasse em devedora, engenhosa solução encampada pelo Ministro Humberto Martins, o último a votar, prevalecendo, ao final, como decisão do caso concreto.²⁶

6 SUCUMBÊNCIA RECURSAL

Questão que, aparentemente, não vem causando muita discussão se refere à sucumbência recursal. A matéria é tratada pelo parágrafo 11 do artigo 85, do qual se infere que, no julgamento de recurso, o órgão *ad quem* poderá **ampliar** os honorários fixados pelo órgão *a quo*, observando os percentuais máximos estabelecidos pelos parágrafos 2.º (20%) e 3.º (de 3 a 20%, conforme o valor da condenação imposta à Fazenda Pública).²⁷ Em não havendo condenação anterior, por lógica, não haverá majoração, conforme a jurisprudência que se estabeleceu no Superior Tribunal de Justiça desde o paradigmático julgamento do Agravo em Recurso Especial n.º 1.050.334/PR em março de 2017:

Os honorários recursais não têm autonomia nem existência independente da sucumbência fixada na origem e representam um acréscimo ao ônus estabelecido previamente, motivo por que na hipótese de descabimento ou na de ausência de fixação anterior, não haverá falar em honorários recursais.²⁸

²⁶ STJ, 3.ª Turma, REsp n.º 1.824.564/RS, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03/10/2023, DJe 27/10/2023.

²⁷ “O tribunal, ao julgar recurso, **majorará** os honorários fixados **anteriormente** levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2.º a 6.º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2.º e 3.º para a fase de conhecimento” (grifo nosso).

²⁸ STJ, 2.ª Turma, AREsp n.º 1.050.334/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 28/03/2017, DJe 03/04/2017. No mesmo sentido: 4.ª Turma, AgInt no AREsp n.º

Essa forma de decidir parte da complementariedade que existe entre as regras dos parágrafos 1.º e 11 do artigo 85. Pela primeira (§ 1.º), são devidos honorários advocatícios pela atuação nos **recursos**, os quais se **somam** aos honorários advocatícios fixados pela atuação anterior dos advogados (na sentença, p. ex.) e aos que ainda poderão vir a ser estabelecidos pela atuação posterior (na execução, p. ex.). Já a segunda regra (§ 11, 1.ª parte) estabelece, por ocasião do julgamento de recurso, a **majoração** dos honorários advocatícios **fixados anteriormente** na decisão recorrida.

Logo, só haverá aumento ou majoração dos honorários advocatícios quando estes tiverem sido fixados antes. Se, na sentença que acolheu o pedido de **A**, o juiz condenou **C** a pagar honorários a **B** (advogado de **A**) no percentual mínimo de 10% da condenação (CPC/2015, art. 85, § 2.º), o tribunal, ao rejeitar a apelação de **C**, deverá majorar este percentual de 10 para, por exemplo, 15% (CPC/2015, art. 85, §§ 1.º e 11). Diversamente, se a apelação de **C** for provida, com a consequente reforma integral da sentença, haverá o que se convencionou chamar de “inversão da sucumbência”: pelo êxito no julgamento do recurso, o advogado de **C** receberá honorários de 10%, a serem pagos por **A**, ao final sucumbente. Não há, nesta segunda hipótese, justificativa para a majoração do percentual estabelecido pelo juízo singular (10%), salvo se trabalho advocatício extenso e complexo tiver sido decisivo para a vitória em segunda instância (possibilidade de o tribunal fixar percentual acima dos 10%, observado o limite de 20%).²⁹

1.341.886/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 27/05/2019; 2.ª Turma, EDcl no REsp n.º 1.731.612/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19/03/2019; 1.ª Turma, AgInt no AREsp n.º 1.167.338/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. 12/03/2019; 2.ª Turma, AREsp n.º 1.447.321/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19/03/2019; 2.ª Turma, AgInt nos EDcl no AREsp n.º 1.272.353/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 06/11/2018; e 4.ª Turma, AgInt no REsp n.º 1.674.473/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 11/09/2018.

²⁹ Perceba-se a diferença: em um cenário, o tribunal inverte a sucumbência, mas mantém o percentual estabelecido pelo juiz na sentença reformada em grau de apelação; noutro cenário, a sucumbência também foi invertida, mas, constatada a importância do trabalho desenvolvido pelo advogado do apelante, o tribunal opta por estabelecer percentual superior (entre 11 e 20%), atendidos os critérios do § 2.º do art. 85 (o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço).

Durante a fase cognitiva do processo, o percentual máximo de 20% não poderá ser superado. Se a sentença já condenou **C** a pagar 20% a **B**, mesmo com a rejeição da apelação, o tribunal não poderá aumentar tal percentual, nos termos da parte final do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil de 2015. A única situação que, a meu juízo, permite ao advogado do vencedor receber mais do que os citados 20% está prevista no artigo 523, parágrafo 1.º, do Código de 2015, na qual o não cumprimento espontâneo e tempestivo da obrigação de pagar fixada em título executivo judicial e objeto de cumprimento de sentença enseja o acréscimo de **novos** honorários advocatícios, de 10% sobre o valor exequendo (STJ, Súmula n.º 517). O advogado **B**, nesta hipótese, receberá honorários em decorrência do êxito na fase de conhecimento e em virtude do não pagamento espontâneo da importância exequenda. Poderá ele, sendo assim, receber até 20% na primeira etapa e mais 10% na segunda.

Não há diferença quando condenada a Fazenda Pública. Apenas os percentuais é que são outros (CPC/2015, art. 85, § 3.º); as regras são as mesmas: majoração em caso de fixação anterior aliada a fracasso recursal e inversão da sucumbência em caso de êxito no tribunal, vedada a superação do percentual máximo considerando o valor da condenação ou do proveito econômico (CPC/2015, art. 85, §§ 1.º e 11).

Na jurisprudência do STJ, encontrou-se aresto majorando honorários em agravo interno (EDcl no AgInt no AREsp n.º 913.151/SP),³⁰ embargos de declaração (EDcl no AgRg no AREsp n.º 652.378/

³⁰ “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO NOVO CPC. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. APLICABILIDADE DO ART. 85, § 11, DO ATUAL CÓDIGO DE RITOS. 1. Os embargos declaratórios, nos termos do art. 1.022, e seus incisos, do CPC/2015, são cabíveis quando houver: a) obscuridade; b) contradição; c) omissão no julgado, incluindo-se nesta as condutas descritas no art. 489, § 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida; ou d) erro material. No caso dos autos, subsiste omissão quanto aos honorários recursais a que se refere o art. 85, § 11, do CPC/2015. 2. A orientação deste Tribunal Superior a respeito do tema firmou-se no sentido de que, se o fato gerador dos honorários recursais ocorreu na vigência da novo CPC, cabe na hipótese a aplicação do art. 85, § 11, supramencionado. Precedentes: AgInt nos EDcl

SP),³¹ embargos de divergência (AgInt nos EREsp n.º 1.539.725/DF)³²

no REsp 1.357.561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no AREsp 236.269/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20/10/2016. 3. Assim, considerando que a decisão objeto de agravo interno foi publicada na vigência do CPC/2015, a condenação da parte agravante em honorários recursais é medida que se impõe. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para majorar os honorários sucumbenciais em 2% sobre o valor da causa” (STJ, 2.ª Turma, EDcl no AgInt no AREsp n.º 913.151/SP, Min. Og Fernandes, j. 06/06/2017, DJe 12/06/2017).

³¹ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC. CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA IRRESIGNAÇÃO. NÃO CABIMENTO DOS ACLARATÓRIOS. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A contradição capaz de ensejar o cabimento dos embargos declaratórios é aquela que se revela quando o julgado contém proposições inconciliáveis internamente. 2. O simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os embargos de declaração, recurso de rígidos contornos processuais que serve ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida. 3. Majoração dos honorários advocatícios, conforme § 11 do art. 85 do CPC de 2015. 4. Embargos de declaração rejeitados” (STJ, 3.ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp n.º 652.378/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10/05/2016, DJe 19/05/2016).

³² “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO. DIREITOS AUTORAIS. ILÍCITO EXTRA CONTRATUAL. ACÓRDÃO EMBARGADO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. [...] 5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. 6. Não haverá honorários recursais no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração apresentados pela parte que, na decisão que não conheceu integralmente de seu recurso ou negou-lhe provimento, teve imposta contra si a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015. 7. Com a interposição de embargos de divergência em recurso especial tem início novo grau recursal, sujeitando-se o embargante, ao questionar decisão publicada na vigência do CPC/2015, à majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do § 11 do art. 85, quando indeferidos. 8. Quando devida a verba honorária recursal, mas, por omissão, o Relator deixar de aplicá-la em decisão monocrática, poderá o colegiado, ao não conhecer ou desprover o respectivo agravo interno, arbitrará-la ex officio, por se tratar de matéria de ordem pública, que independe de provocação da parte, não se verificando reformatio in pejus. 9. Da majoração dos honorários sucumbenciais promovida com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015 não

e agravo interno em embargos de divergência (AgInt nos EAREsp n.º 823.222/MG),³³ recursos interpostos e julgados, em tese, no mesmo grau de jurisdição, situação para a qual também se acham julgados considerando inviável o aumento da verba honorária (AgInt no REsp n.º 1.619.366/SP e AgInt no REsp n.º 1.423.841/SP).³⁴ Julgados mais recentes das turmas

poderá resultar extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido artigo. 10. É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba. 11. Agravo interno a que se nega provimento. Honorários recursais arbitrados ex officio, sanada omissão na decisão ora agravada” (STJ, 2.ª Seção, AgInt nos EAREsp n.º 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 09/08/2017, DJe 19/10/2017).

³³ “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO APRECIACÃO DO MÉRITO DO APELO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADÓ 315 DESTA CORTE. MULTA PREVISTA NO ART. 1021, § 4º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. ART. 85, § 11, DO CPC. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não têm cabimento os embargos de divergência quando o acórdão embargado não julga o mérito do recurso especial. Incidência do enunciado n.º 315/STJ. 2. Não se verifica, no caso, a manifesta improcedência do agravo interno a autorizar a imposição de multa. 3. Honorários advocatícios majorados em razão do trabalho adicional realizado em grau recursal (art. 85, § 11, do CPC). 4. Agravo interno a que se nega provimento, com majoração da verba honorária” (STJ, Corte Especial, AgInt nos EAREsp n.º 823.222/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/05/2017, j. 11/05/2017).

³⁴ “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TAXA DE ORGANIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DO MERCADO DA BORRACHA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DO COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ACÓRDÁOS CONFRONTADOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 283/STF. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA 284/STF. CONDENAÇÃO NOS HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO, NO CASO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO. [...] V. Na forma da jurisprudência desta Corte, “o pedido de arbitramento/majoração da verba honorária de sucumbência no Agravo Interno, formulado pela embargante, deve ser rejeitado, em razão do entendimento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - Enfam - adotado no seminário “O Poder Judiciário e o Novo CPC”, no qual se editou o enunciado 16, com o seguinte teor: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)”. Dito de outro modo, como se

da Seção de Direito Privado mostram a preponderância do entendimento contrário à majoração dos honorários sem que haja a “inauguração de instância”.³⁵

Registre-se a recomendação para que, quando da majoração, o órgão *ad quem* mantenha a mesma base de cálculo (valor da condenação, proveito econômico ou valor atualizado da causa), tal como se decidiu no Agravo Interno em Recurso Especial n.º 1.274.001/SP, relatora a Ministra Nancy Andriahi.³⁶

trata (o Agravo Interno) de recurso que apenas prorroga, no mesmo grau de jurisdição, a discussão travada no Recurso Especial, o caso concreto não comporta a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/2015” (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.578.347/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/11/2016). VI. Agravo interno parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido” (STJ, 2.ª Turma, AgInt no REsp n.º 1.619.366/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 20/04/2017, DJe 02/05/2017); “AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO SEGUIMENTO AO RECLAMO - DESERÇÃO - AUSÊNCIA DE JUNTADA DAS GUIAS DE RECOLHIMENTO - APRESENTAÇÃO APENAS DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO - INSURGÊNCIA RECURSAL DA REQUERENTE. [...] 4. Deixa-se de aplicar honorários sucumbenciais recursais nos termos do enunciado 16 da ENFAM: “Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)”. 5. Agravo interno desprovido” (STJ, 4.ª Turma, AgInt no REsp n.º 1.423.841/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 05/05/2016, DJe 13/05/2016.

³⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SUSPENSÃO DE EXPEDIENTE FORENSE NO ATO DE INTERPOSIÇÃO. PRAZO DE 15 DIAS ÚTEIS. INTEMPESTIVIDADE. INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC. INAPLICABILIDADE. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS PELO DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. MESMO GRAU DE JURISDIÇÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...] 6. A interposição de agravo interno não inaugura instância, razão pela qual é indevida a majoração de honorários advocatícios prevista no art. 85, § 11, do CPC. 7. Agravo interno desprovido” (STJ, 4.ª Turma, AgInt no AREsp n.º 2.358.107/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18/09/2023, DJe 20/09/2023). No mesmo sentido: AgInt no AREsp n.º 2.320.590/RJ, AgInt no AREsp n.º 2.354.259/PR, AgInt no AREsp n.º 2.284.740/SP, AgInt nos EDcl no AREsp n.º 2.143.772/SP, EDcl no AgInt no AREsp n.º 2.161.136/MG.

³⁶ “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. MAJORAÇÃO

Oportuno, antes de encerrar, acrescentar que outra das controvérsias envolvendo a sucumbência recursal encontra-se, atualmente, pacificada nos moldes definidos no Tema Repetitivo n.º 1.059 (REsp n.ºs 1.865.553/PR, 1.865.223/SC e 1.864.633/RS):

A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento ou limitada a consectários da condenação.

Estabeleceu-se, na ocasião, “a infrutuosidade do recurso interposto, assim considerado aquele que em nada altera o resultado do julgamento tal como provindo da instância de origem” como “pressuposto da majoração da verba honorária sucumbencial em grau recursal”.³⁷

7 CONCLUSÃO

A análise dos acórdãos acima referenciados, ainda que despida de viés estatístico, indica que o Superior Tribunal de Justiça tende a prestigiar as escolhas textuais feitas pelo legislador de 2015 quando em discussão o estabelecimento e a quantificação dos honorários advocatícios sucumbenciais. Vigente o atual Código de Processo Civil, deixou de haver, por exemplo, discussão quanto à titularidade dos honorários advocatícios. Sob a ótica do direito material, a verba honorária cabe ao advogado e não à parte (*caput* e § 14 do art. 85). Discute-se, atualmente, apenas eventual

DOS HONORÁRIOS EM SEDE RECURSAL. UTILIZAÇÃO DO MESMO PARÂMETRO DE CÁLCULO. 1. Julgamento sob a égide do CPC/15. 2. Sendo os honorários de sucumbência fixados na origem com base em percentual sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa, na forma do § 2º, é conveniente que o tribunal mantenha a coerência na majoração, de forma a utilizar o mesmo parâmetro. Precedente. 3. Agravo interno conhecido e provido” (STJ, 3.ª Turma, AgInt no AREsp n.º 1.274.001/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/08/2018, DJe 09/08/2018).

³⁷ STJ, Corte Especial, REsp n.º 1.865.553/PR, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, j. 09/11/2023, DJe 21/12/2024.

existência de legitimidade concorrente entre advogado e parte para promover a execução dos honorários advocatícios (Tema n.º 1.242).

O texto da lei (§ 8.º do art. 85) parece ter sido decisivo para a definição das teses jurídicas referentes ao arbitramento da verba honorária nas causas de alto valor (observância dos percentuais previstos pelo CPC/2015 mesmo nestes casos, vedado o arbitramento por equidade) e à sucumbência recursal (majoração da fixação anterior, conforme estabelecido pelo § 11 do art. 85). O texto da lei (§ 18 do art. 85) foi também preponderante para a parcial superação da Súmula n.º 453 e do Tema n.º 222 (impossibilidade de se cobrar honorários em ação de arbitramento autônoma).

Há fortes indícios, apesar da possibilidade de modulação prospectiva, de que, doravante, prevalecerá a condenação do sucumbente em incidente de descon sideração da personalidade jurídica, tendo por base a tese fixada no Recurso Especial n.º 2.072.206/SP.

No entanto, a falta de clareza no texto legal se vê refletida nos julgados envolvendo a distribuição dos encargos financeiros do processo quando há a perda superveniente do objeto. A pesquisa feita a esse respeito mostrou certa oscilação jurisprudencial, com arestos ora condenando como sucumbente a parte que deu causa ao **processo**, ora a parte que deu causa à **extinção superveniente** do feito.

Em breve, ficarão mais nítidos os contornos fáticos que permitirão a replicação (ou não) das teses fixadas nos Recursos Especiais n.ºs 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP (fixação da verba honorária por equidade = Tema n.º 1.076) e deixará de existir parcela significativa das dúvidas sobre a incidência de tal precedente qualificado nos casos posteriores análogos.

O protagonismo do STJ, de qualquer forma, já hoje, é inegável. Nenhum intérprete ou operador do direito processual pátrio tem autorização para escrever ou atuar em juízo desprezando os entendimentos do tribunal quando, em especial, o assunto são os honorários advocatícios e os correlatos dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1, t. 2.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 28 ago. 2025.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 28 ago. 2025.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2016.

LEAL, Fabio Resende. **Recurso especial: teoria, prática e relevância da questão federal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2023.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Honorários advocatícios**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

SOUZA, Sebastião de. **Honorários de advogado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

VITAL, Danilo; ANGELO, Tiago. Tribunais estabelecem 6 hipóteses de distinguishing para tese dos honorários. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-20/tribunais-estabelecem-distinguishing-tese-honorarios>. Acesso em: 10 out. 2023.

VITAL, Danilo. STJ altera base de cálculo de honorários para evitar que credor vire devedor. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 out. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-05/stj-muda-calculo-honorarios-evitar-credor-vire-devedor>. Acesso em: 10 out. 2023.

TARTUCE, Fernanda; ROQUE, André; GAJARDONI, Fernando; DELLORE, Luiz; MACHADO, Marcelo; DUARTE, Zulmar (org.). **CPC na jurisprudência**. Indaiatuba: Foco, 2018.

A (DES)NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO
DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL
POR ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS
E/OU ADOLESCENTES

Isabele Dellê Volpe Reginato

A (DES)NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES*

THE (UN)NECESSITY OF PROOF OF DAMAGE IN CIVIL LIABILITY FOR AFFECTIVE ABANDONMENT OF CHILDREN OR ADOLESCENTS

Isabele Dellé Volpe Reginato

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduada em Direito e Negócios Imobiliários pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS), em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR) e em Neurociência Aplicada ao Direito e Comportamento Humano pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE). Assistente de Promotoria CMP-7 na 1ª Promotoria de Justiça da Criança e do Adolescente de Curitiba. E-mail: isabelevolpe@gmail.com
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3132920445357462>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4742-1809>.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A AFETIVIDADE NA CONCEPÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA DE "FAMÍLIA". 3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE VISAM A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 4 BREVE PANORAMA DAS EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS RELACIONADAS AOS EFEITOS DO ABANDONO PARENTAL NO DESENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO. 6 O DANO MORAL *IN RE IPSA* NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade de enquadramento do dano na responsabilidade civil por abandono afetivo na categoria de dano moral *in re ipsa*. Em um primeiro momento, é feita uma análise doutrinária acerca da concepção jurídica atual da família e das relações familiares. Em um segundo momento, apresenta-se os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem os direitos das crianças e adolescentes, apresentando, ainda, um breve panorama dos estudos científicos que atestam os efeitos do abandono parental no desenvolvimento humano. Na sequência, apresenta-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do abandono afetivo e do dano moral *in re ipsa*. O estudo conclui que à luz dos princípios que norteiam a aplicação dos direitos assegurados às crianças e aos adolescentes, é possível presumir o dano decorrente do

abandono afetivo parental enquanto violação a um direito fundamental da personalidade das crianças e adolescentes, configurando-se o dano moral *in re ipsa*.

Palavras-chave: abandono afetivo; responsabilidade civil; dano moral presumido; convivência familiar; direito da personalidade.

ABSTRACT

The present study analyzes the possibility of categorizing the damage in civil liability for affective abandonment in the category of moral damage *in re ipsa*. At first, a doctrinal analysis is made about the current legal conception of the family and its relations. In a second moment, the constitutional and infra-constitutional principles that govern the rights of children and adolescents are presented, as well in a brief overview of the scientific studies that attest the effects of parental abandonment on human development. Next, the doctrinal and jurisprudential understanding regarding affective abandonment and moral damage *in re ipsa* is presented. The study concludes that in the light of the principles that guide the application of the rights guaranteed to children and adolescents, it is possible to presume the damage resulting from parental emotional abandonment as a violation of a fundamental right of the personality of children and adolescents, configuring moral damage *in re ipsa*.

Keywords: affective abandonment; civil liability; presumed moral damage; family circle; personality right.

1 INTRODUÇÃO

Dentre muitos temas albergados pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/1988), têm-se a ênfase nos direitos da criança e do adolescente, especialmente a partir da regra insculpida no art. 227 da Magna Carta, editada, portanto, antes da ratificação brasileira à Convenção Sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas de 1989, o que lança luz ao Brasil na tutela jurisdicional dos direitos das crianças e adolescentes.

Com efeito, o art. 227 da Constituição Federal de 1988 impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e dos adolescentes, dentre eles, o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de salvaguardá-los de toda espécie de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Para além da proteção constitucional, desde 1990 vigora no Brasil o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/1990), que visa regulamentar o art. 227 da Constituição Federal.

O presente trabalho pretende analisar mais especificamente o direito constitucional das crianças e dos adolescentes à convivência familiar, que, à luz do art. 227 da Constituição Federal, é reproduzido expressamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nos arts. 4º e 19, e de forma mais implícita nos seus demais dispositivos, sobretudo ao regulamentar o instituto da adoção e do apadrinhamento afetivo.

Para além de uma proteção alargada dos direitos da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 pretendeu reconhecer a afetividade como o ponto nevrálgico do relacionamento paterno-filial, a partir da disposição contida no § 6º do art. 227, que prescreve que os filhos, biológicos ou adotivos, gozarão dos mesmos direitos e qualificações, proibindo expressamente designações discriminatórias a respeito da filiação.

A partir disso advieram decisões pelo Supremo Tribunal Federal reconhecendo, por exemplo, a multiparentalidade, a fim de que os vínculos biológico e afetivo possam coexistir no registro de nascimento do filho, conforme se observa do Tema 622¹ da Suprema Corte.

Disso se extrai a impossibilidade de se restringir o conceito de família apenas a partir da existência de um vínculo biológico.

A família hoje é reconhecida sobretudo pela existência do afeto entre os seus membros, conforme se observa das regras constitucionais e da construção jurisprudencial e doutrinária mais atual.

¹ No Tema 622 do STF, definiu-se a seguinte tese: **A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.**

O afeto, portanto, traz novo significado ao direito à convivência familiar assegurado às crianças e aos adolescentes, haja vista que a convivência familiar não se trata apenas de um direito meramente declaratório da existência de um parentesco e da mera convivência com um parente consanguíneo, mas, a partir de uma leitura sistemática da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que a convivência familiar significa o direito a ser efetivamente cuidado pelos pais (biológicos ou afetivos) e/ou responsáveis.

A partir disso, portanto, delinea-se o sentido da afetividade capaz de ser valorada juridicamente: o cumprimento do dever de cuidado pelos responsáveis legais de crianças e/ou adolescentes, ou seja, a observância dos direitos assegurados no art. 227 da Constituição Federal e desdobrados no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais diplomas legais afetos à proteção das crianças e adolescentes.

Delinear o sentido da expressão “afetividade” se torna relevante diante do uso excessivo da expressão de forma desvinculada da noção que pode ser apreendida e valorada juridicamente na responsabilidade civil. Tanto é assim que Flaviana Rampazzo Soares e Ísis Boll de Araujo Bastos (2021) defendem que a expressão correta a ser utilizada para o tema é abandono de cuidado.

Caio Morau (2017, p. 135) também tece críticas ao ingresso da afetividade como princípio no ordenamento jurídico brasileiro, defendendo que o afeto, na concepção de mero sentimento, é conceito subjetivo e que escapa ao direito, podendo, inclusive, justificar o descumprimento de deveres jurídicos na sua ausência, quando considerado como um princípio jurídico.

Muito embora o presente trabalho utilize a expressão “abandono afetivo”, o sentido do afeto abordado neste artigo está vinculado aos deveres jurídicos do cuidado, e não ao mero sentimento ou motivação.

O reconhecimento no plano legislativo, jurisprudencial e doutrinário da essencialidade da afetividade é corroborado pelas evidências científicas que demonstram a necessidade humana do cuidado parental

para o desenvolvimento físico e psíquico saudável das crianças e dos adolescentes.

Tanto é assim que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Estaduais já reconhecem a possibilidade de se pleitear indenizações por dano moral decorrente do abandono afetivo perpetrado pelos pais e/ou responsáveis, diante do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil.

Todavia, a despeito da Corte Superior já ter reconhecido que o pressuposto do dano em casos de agressões físicas e verbais contra crianças e/ou adolescentes é presumido (REsp nº 1.642.318), observa-se até o momento a ausência de um posicionamento claro nesse sentido para os pedidos de indenização por abandono afetivo.

Pelo contrário, é possível encontrar com certa facilidade, sobretudo na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, a exigência de comprovação do dano sofrido pelas crianças e/ou adolescentes para ensejar o dever de indenizar o abandono afetivo, especialmente a partir de laudos psicológicos.

Desse modo, considerando a incontestada mudança de paradigma ocorrida no plano jurisprudencial, legislativo e doutrinário a respeito do conceito de família e da convivência familiar, para o fim de reconhecer a afetividade e o cuidado como os elementos verdadeiramente definidores do parentesco, questiona-se se o dano decorrente do abandono afetivo perpetrado pelos pais e/ou responsáveis, biológicos ou por afinidade, não seria presumível, sobretudo quando se observa os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para reconhecer a existência de dano moral *in re ipsa* nos casos de agressões físicas e verbais contra crianças e adolescentes.

A esse respeito, pode-se argumentar que ao proibir “toda forma” de negligência, discriminação, violência e opressão (art. 227 da CF/1988 c/c art. 4º do ECA), e ao estabelecer os princípios da proteção integral, do interesse superior da criança e do adolescente e da responsabilidade parental (art. 100, incisos II, IV e IX do Estatuto da Criança e do Adolescente), o ordenamento jurídico pátrio advoga pela presunção do dano decorrente

do abandono afetivo de crianças e/ou adolescentes pelos seus pais e/ou responsáveis.

Desta maneira, à luz dos mencionados dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, propõe-se uma breve exposição do conceito atual de família, do abandono afetivo e do instituto do dano moral *in re ipsa* a partir da doutrina e da jurisprudência. Com isso, buscar-se-á responder à seguinte questão: é possível enquadrar o dano nas indenizações por abandono afetivo de crianças e/ou adolescentes praticado por seus pais e/ou responsáveis na categoria de dano moral *in re ipsa*?

A metodologia utilizada é a teórico-descritiva. Com o uso do método dedutivo serão analisadas a doutrina e a jurisprudência relevantes na matéria. O presente ensaio estará dedicado à demonstração de que uma vez reconhecido o abandono afetivo pelos pais e/ou responsáveis, presume-se o dano decorrente de tal conduta nas crianças e nos adolescentes, a ensejar o dever de indenizar, de forma que a exigência de apresentação de laudos psicológicos atestando o dano psicológico fere os princípios fixados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente para a proteção integral das crianças e dos adolescentes, além do princípio da responsabilidade parental.

2 A AFETIVIDADE NA CONCEPÇÃO JURÍDICA CONTEMPORÂNEA DE "FAMÍLIA"

Ao discorrer a respeito da concepção jurídica contemporânea de família, Maria Berenice Dias (2021, p. 49) destaca que o conceito deve ser extraído a partir da forma com que a família se apresenta na sociedade, a qual se repersonalizou “nas relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor”.

A busca pelo afeto nas relações familiares, sobretudo, significou uma mudança de paradigma no conceito de família para o Direito Civil brasileiro, conforme leciona Paulo Lôbo (2017, p. 09), que introduz o Direito das Famílias nos seguintes termos:

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império

e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.

É interessante a definição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 98) no sentido de que a família contemporânea pode ser entendida como um meio para a busca da felicidade e da realização dos anseios humanos:

[...] a principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Ou seja, pode-se dizer que a família, entendida, portanto, como pessoas ligadas pela *affectio*, é um instrumento para a busca da felicidade humana.

O afeto, então, dado o reconhecimento da sua atual essencialidade nas relações familiares e, por conseguinte, na busca da felicidade por cada ser humano, passou a constituir um dos principais princípios que regem tais relações, de forma que o princípio da afetividade integra os principais compêndios mais atualizados dedicados ao Direito das Famílias. Nesse sentido, leciona Maria Berenice Dias (2021, p. 77) que “o elemento fundante do Direito das Famílias é o princípio da afetividade”.

A respeito da afetividade como um princípio, ressalta-se a definição apresentada por Paulo Lôbo (2017, p. 34):

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, **a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em**

relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. (grifo nosso)

Em artigo publicado por Ricardo Lucas Calderón (2020) a respeito da afetividade, destaca-se a pertinente distinção apresentada pelo autor a respeito das dimensões objetivas e subjetivas do princípio da afetividade:

A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Esta dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao Direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará desde logo presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como *princípio da afetividade jurídica objetiva* que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica. (grifo do autor).

Ou seja, escapa ao Direito a aferição do sentimento humano e da presença do afeto no âmbito psicológico do agente. Assim, a afetividade será apreendida judicialmente a partir dos fatos sociais que indiquem, de forma objetiva, a existência do afeto nas relações familiares.

A partir disso, provoca-se a reflexão, já nesse primeiro momento, a respeito da razão pela qual os danos decorrentes do abandono afetivo exigiriam uma aferição subjetiva-psicológica, enquanto a apreensão da presença ou ausência da afetividade numa dada relação material será constatada objetivamente.

Calderón (2020) ainda apresenta uma das duas faces do princípio da afetividade como sendo a face do dever jurídico, que “voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou conjugalidade [...] vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação”.

Desse modo, a afetividade capaz de, na sua ausência, ensejar o dever de indenizar, deve ser considerada em sua dimensão objetiva. Isso,

porque, conforme leciona Caio Morau (2017), a dimensão subjetiva do afeto, consistente no afeto anímico, é transitória e inconstante, o que poderia legitimar o descumprimento dos deveres parentais.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2012) também esclarece a diferença entre o sentimento afetivo e o afeto em sua dimensão objetiva, consistente no dever de cuidado:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. **O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento,** que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. (grifo nosso).

Nessa esteira, depreende-se que a concepção jurídica da afetividade nas relações familiares não perpassa pela dimensão subjetiva, e se trata de um dever jurídico.

Em resumo, a partir das lições doutrinárias apresentadas, percebe-se que a partir da Constituição Federal de 1988 ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro uma mudança de paradigma na compreensão da família para o fim de estabelecer a afetividade como o fundamento das relações familiares.

Tal concepção decorre do reconhecimento da família como um instrumento de todo ser humano na busca pela felicidade, afeto, solidariedade, confiança, respeito, amor. A esse respeito, Maria Berenice Dias (2021, p. 139) preleciona que “A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação”.

É em razão da compreensão jurídica dessa decisiva influência no desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes que a afetividade é

também um dever imposto aos pais em relação aos filhos, e aos filhos em relação aos pais.

Diante disso, para o tema do presente trabalho se aborda o dever jurídico da afetividade imposto aos pais e/ou responsáveis em relação aos filhos, sobretudo à luz dos princípios constitucionais e infraconstitucionais voltados às crianças e adolescentes, notadamente os princípios da proteção integral, da convivência familiar e da responsabilidade parental.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE VISAM A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Conforme demonstrado, a mudança de paradigma na concepção da família se consolidou no ordenamento jurídico pátrio a partir dos valores e princípios positivados na Constituição Federal de 1988, decorrentes da repersonalização das relações familiares conforme apreendida pela sociedade.

Com efeito, da leitura do art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988, denota-se que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade solidária. Na concepção do Ministro Eros Grau (2006 *apud* Silva, 2016), é solidária “a sociedade que não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros”.

Sob esse viés, para dar efetividade ao objetivo fundamental da República brasileira de uma sociedade solidária, não há como se admitir a indiferença aos outros, a ausência de fraternidade, sob pena de violação direta ao dispositivo constitucional.

Com efeito, a Constituição Federal também estabelece, em seu art. 227, o dever da família em assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, à convivência familiar, bem como de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação e crueldade.

Diante disso, o abandono afetivo, ou abandono paterno-filial, ou ainda teoria do desamor, enquadra-se em conduta violadora do objetivo

fundamental de uma sociedade solidária, preconizado no citado art. 3º, I, da CF, conforme lição de Flávio Tartuce (2017), segundo o qual a responsabilidade civil por abandono afetivo consiste em uma aplicação do princípio constitucional da solidariedade social ou familiar.

Para além de uma afronta ao objetivo – ou princípio – fundamental da solidariedade, o abandono afetivo caracteriza também uma violação ao princípio da dignidade humana, conforme preleciona Rodrigo da Cunha Pereira (2015 *apud* Tartuce, 2017), ao afirmar que “afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele”.

Nessa esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8069/1990) elevou as crianças e adolescentes à categoria de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento (art. 6º), estabelecendo o princípio da proteção integral às crianças e adolescentes (art. 1º), bem como a proteção ao desenvolvimento sadio e harmonioso (art. 7º), além do direito de serem criados no contexto familiar (art. 19).

O art. 100 do ECA lista e define os princípios que regem a aplicação das medidas protetivas às crianças e adolescentes, sendo que, para o tema do presente trabalho, faz-se pertinente destacar o já mencionado princípio da proteção integral e prioritária (inciso II), princípio do interesse superior da criança e do adolescente (inciso IV) e princípio da responsabilidade parental (inciso IX).

Nesse sentido, em ações judiciais envolvendo direitos de crianças e/ou adolescentes deverá ser observada a regra disposta no art. 6º do ECA, que estabelece que na interpretação dos dispositivos do referido diploma estatutário será levado em conta a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades, conforme dispõe o art. 3º do ECA.

Em outras palavras, nas ações indenizatórias por abandono afetivo de crianças e/ou adolescentes, devem ser asseguradas a elas todas as oportunidades e facilidades, devendo ser observado que está a se tratar de um bem da vida afeto à um sujeito de direito que detém uma condição peculiar, qual seja, a de pessoa em desenvolvimento. Sob essa perspectiva,

os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes são deveres a serem observados pela família, pela sociedade e pelo Estado, conforme elucidam Gisele Paschoal Cucci e Fábio Augusto Cucci (2011):

Outro aspecto a ser levado em conta na interpretação do Estatuto são os “direitos e deveres individuais e coletivos”. É importante ressaltar que o artigo 227 da Constituição Federal, que trata dos direitos da criança e do adolescente, começa falando em dever. Os direitos da criança e do adolescente são deveres da família, da sociedade e do Estado. Esta articulação direito-dever perpassa todo o corpo do Estatuto e se adensa de forma instrumental no Capítulo VII, que trata, precisamente, de proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos.

Assim, o direito das crianças e adolescentes à convivência familiar é um dever da família, o qual deve ser interpretado à luz do princípio da responsabilidade parental, definido pelo inciso IX do art. 100 do ECA como “a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente”, e à luz do princípio da proteção integral, definido pelo inciso II do mencionado dispositivo como “a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”.

Desse modo, a comprovação do abandono afetivo de criança ou adolescente pelos seus pais e/ou responsáveis caracteriza a violação ao dever constitucional da família em assegurar a convivência familiar para pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, bem como uma infração ao princípio da responsabilidade parental para com as crianças e adolescentes, aos quais se prevê a proteção integral e prioritária de seus direitos, e para quem devem ser asseguradas todas as oportunidades e facilidades.

4 BREVE PANORAMA DAS EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS RELACIONADAS AOS EFEITOS DO ABANDONO PARENTAL NO DESENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A mudança de paradigma na concepção de família não ocorreu por acaso. O desenvolvimento científico e as pesquisas acerca das interações

familiares e seus impactos no desenvolvimento humano evidenciaram que a família exerce um papel essencial no bem-estar e na saúde de cada membro da família, sobretudo para as crianças e adolescentes. Nesse sentido é o estudo da Dra. Edyleine Bellini Peroni Benczik (2011):

A partir de um estudo de caso clínico e de uma rigorosa revisão da literatura, relacionada à importância da figura paterna na vida dos filhos, Eizirik e Bergamann afirmam que **a ausência paterna tem potencial para gerar conflitos no desenvolvimento psicológico e cognitivo da criança, bem como influenciar o desenvolvimento de distúrbios de comportamento.** Shinn revisou os efeitos da ausência paterna no desenvolvimento cognitivo das crianças e concluiu que, **em famílias sem a presença do pai ou nas quais os pais apresentavam pouca interação com seus filhos, havia maior associação com desempenhos pobres em testes cognitivos das crianças.** Montgomery observou que **crianças com ausência do pai biológico têm duas vezes mais probabilidade de repetir o ano escolar, e que as crianças que apresentam comportamento violento nas escolas têm 11 vezes mais chance de não conviver na companhia do pai biológico do que crianças que não têm comportamento violento.** Essas crianças, principalmente meninos, evidenciam maiores dificuldades nas provas finais e uma média mais baixa de leitura. (grifo nosso)

Em artigo publicado no periódico Psicologia Escolar e Educacional, as psicólogas Fabiana Cia e Lúcia Cavalcanti de Albuquerque Williams (2005) observaram que as consequências do abandono parental podem se estender por toda a vida da criança e do adolescente:

Os problemas comportamentais apresentados na pré-escola, decorrentes da ausência paterna, podem acarretar em uma variedade de resultados negativos na idade escolar e na adolescência, **incluindo baixo rendimento acadêmico, aumento de ausência nas aulas, aumento do risco de envolvimento com drogas, pouco relacionamento com os pares, depressão, ansiedade, labilidade emocional e a externalização de comportamentos problemas. Quando não corrigidos**

esses problemas continuarão exercendo uma influência negativa na fase adulta (Black, Dubowitz & Star, 1999; Frosch & Mangelsdorf, 2001). (grifo nosso)

A despeito dos estudos acima mencionados realizarem um enfoque na ausência da figura paterna no desenvolvimento de crianças e adolescentes, tanto o abandono paterno quanto o materno produzem efeitos nocivos para as crianças e adolescentes. Nessa esteira, Elisângela Maria Machado Pratta e Manoel Antonio dos Santos (2007) lecionam que a família (e, portanto, não apenas a figura paterna) exerce funções primordiais na área biológica, psicológica e social dos indivíduos. Destaca-se a definição apresentada pelos autores a respeito das funções psicológicas exercidas pela família:

Em relação às funções psicológicas, podem-se citar três grupos centrais: a) **proporcionar afeto ao recém-nascido, aspecto fundamental para garantir a sobrevivência emocional do indivíduo**; b) servir de suporte e continência para as ansiedades existenciais dos seres humanos durante o seu desenvolvimento, auxiliando-os na superação das “crises vitais” pelas quais todos os seres humanos passam no decorrer do seu ciclo vital (um exemplo de crise que pode ser mencionado aqui é a adolescência); c) criar um ambiente adequado que permita a aprendizagem empírica que sustenta o processo de desenvolvimento cognitivo dos seres humanos (Osório, 1996). Segundo Romanelli (1997) a família corresponde a um lugar privilegiado de afeto, no qual estão inseridos relacionamentos íntimos, expressão de emoções e de sentimentos. **Portanto, pode-se dizer que é no interior da família que o indivíduo mantém seus primeiros relacionamentos interpessoais com pessoas significativas, estabelecendo trocas emocionais que funcionam como um suporte afetivo importante quando os indivíduos atingem a idade adulta. Estas trocas emocionais estabelecidas ao longo da vida são essenciais para o desenvolvimento dos indivíduos e para a aquisição de condições físicas e mentais centrais para cada etapa do desenvolvimento psicológico.**

Já em artigo publicado por Anelise Hauschild Mondardo e Dóris Della Valentina (1998), defendeu-se a existência de uma dupla função da família: a satisfação das necessidades básicas da criança e o fornecimento de um ambiente capaz de viabilizar o desenvolvimento máximo das capacidades físicas, mentais e sociais. Especificamente a respeito dos efeitos do afastamento materno no desenvolvimento das crianças, as autoras elucidam:

Lebovici (1987), desenvolvendo estas idéias, reforça que, se tudo está bem, há satisfação e um senso de segurança, mas, se esta relação está ameaçada, existem ciúme, ansiedade e raiva. Se ocorre uma ruptura, **há dor e depressão**. Nesse caso de privação materna em que a criança é afastada de sua mãe, seja este afastamento de ordem física ou emocional, **muitas são as conseqüências, tanto de ordem física, quanto intelectual e social, podendo, inclusive protagonizar o aparecimento de enfermidades físicas e mentais.** [...] Se uma pessoa teve a sorte de crescer em um bom lar comum, ao lado de pais afetivos dos quais pôde contar com apoio incondicional, conforto e proteção, consegue desenvolver estruturas psíquicas suficientemente fortes e seguras para enfrentar as dificuldades da vida cotidiana. [...] O mesmo autor aponta as conseqüências da situação inversa, ou seja, se esta mesma pessoa vem a crescer em circunstâncias diferentes, **seu núcleo de confiança estará esvaziado, ficando prejudicadas as relações com outros semelhantes, havendo, pois, prejuízos nas demais funções de seu desenvolvimento.**

Em estudo publicado pelas psicólogas Camila Ceron Damiani e Patrícia Manozzo Colossi (2015), aplicou-se questionários sociodemográficos e realizou-se entrevistas semiestruturadas com quatro adultos, com idade entre 25 (vinte e cinco) e 40 (quarenta) anos, que vivenciaram a ausência paterna através de situações como a separação dos pais, pais distantes afetivamente ou filhos de mães solteiras. Demonstrou-se que os participantes verbalizaram sentimentos negativos ainda na vida adulta em decorrência da ausência paterna na infância e adolescência.

Os sentimentos relatados foram expressos em desvalorização, sentimento de abandono, solidão, insegurança, baixa autoestima e dificuldades de relacionamento.

Frise-se, ainda, a observação apresentada pelas psicólogas a respeito dos participantes que, apesar de possuírem a presença física do pai, não recebiam afeto por eles:

[...] **conviver com o pai quando não há afeto no relacionamento é capaz de gerar nos filhos os mesmos sentimentos de carência e falta de quem nunca manteve um relacionamento paterno.** Dessa forma, os participantes deste estudo não revelaram diferenças quanto à ausência física e afetiva dos pais em suas vidas (Damiani; Colossi, 2015). (grifo nosso)

Ou seja, é de fato o afeto o elemento essencial na interação familiar para o fim de proporcionar o desenvolvimento biológico, psicológico e social de crianças e adolescente de forma harmoniosa e saudável.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO NO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Demonstrada a atual concepção jurídica e doutrinária do conceito de família, bem como os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem os direitos assegurados às crianças e adolescentes, além de um breve panorama das evidências científicas do efeito nefasto do abandono intencional parental no desenvolvimento biológico, psicológico e social do ser humano, faz-se premente definir o que se entende por abandono afetivo.

Conforme visto, o exercício dos deveres constitucionais parentais não se resume na mera presença física ou no suporte material. Há o dever jurídico do cuidado, da convivência familiar centrada no afeto. Nesse sentido, Paulo Lôbo (2017, p. 145) conceitua o abandono afetivo como:

Portanto, o **“abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade**, estabelecidos na Constituição e na legislação ordinária. Seu campo não é exclusivamente o da moral, **pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências**

jurídicas que não podem ser desconsideradas. Melhor seria que fosse denominado “inadimplemento dos deveres parentais”. Quando há inadimplemento de deveres parentais estabelecidos em lei, como os referidos nos arts. 227 e 229 da Constituição, uma das consequências é a reparação civil. (grifo nosso)

O descumprimento dos deveres parentais na relação entre pais e filhos como ato ilícito indenizável é também defendido por Regina Beatriz Tavares da Silva (2011), inclusive nos casos em que o genitor se recusa a reconhecer juridicamente o filho:

Como se verifica naquele trabalho, diante do descumprimento de deveres conjugais – ação –, que acarreta dano moral ou material ao outro cônjuge – portanto, com nexos causal entre a ação e o dano – é perfeitamente possível a reparação civil. **O mesmo princípio se aplica às relações entre pais e filhos.** Já que a sentença em tela é declaratória quanto à afirmação da relação de filiação, é perfeitamente possível a reparação civil de danos morais e materiais se o pai se recusa a reconhecer juridicamente o filho, embora reconheça no plano dos fatos essa relação de paternidade. (grifo nosso)

Também a respeito do abandono afetivo, leciona Maria Berenice Dias (2021, p. 140, 142):

Assim, **a convivência dos pais com os filhos não é direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles.** O distanciamento entre pais e filhos produz consequências de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida. [...] A falta de convívio com os pais, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severos danos psicológicos a comprometer o desenvolvimento saudável dos filhos. **A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.** (grifo nosso)

E a autora defende o dever de reparar os danos decorrentes do abandono afetivo de forma ainda mais específica, defendendo que o dano decorrente do abandono afetivo é presumido:

A possibilidade de reparação por danos, por meio da responsabilidade civil, se dá pelo descumprimento do dever objetivo de cuidado, expresso na Constituição da República, no Código Civil e no ECA. **É a omissão do dever de cuidado objetivo, previsto constitucional e legalmente que caracteriza o ato ilícito. [...] Não é necessário comprovar o dolo. E sequer é necessária a prova do dano, que é presumido. Já está mais do que comprovado que a ausência do convívio paterno-filial compromete o desenvolvimento psíquico de crianças** (DIAS, 2021, p. 404, 407). (grifo nosso)

A respeito do dever de reparar os danos decorrentes do abandono afetivo, é a lição de Rodrigo da Cunha Pereira (2008):

O dano não é pelo sofrimento causado, mas pela violação do direito. Qual direito? O mal exercício do poder familiar é um dano ao direito da personalidade do filho, insista-se; **abandonar e rejeitar um filho é violar direitos.** Os menores têm direito não só ao nome de filho mas também ao ESTADO DE FILHO. **A toda regra jurídica deve corresponder uma sanção, sob pena de tornar-se mera regra moral.** Uma das razões da existência da lei jurídica é exatamente a de obrigar e colocar limites em quem não o tem. A lei jurídica, externa ao indivíduo, é para aqueles que não a têm internamente, isto é, para quem não age conforme os preceitos éticos e morais internalizados pelo seu próprio espírito. Se todos agissem com retidão, não haveria necessidade da lei jurídica. O Direito só existe porque existe o torto (Del Vecchio). (grifo nosso)

Ou seja, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo decorre da violação ao direito da personalidade dos filhos consistente no direito ao estado de filho, e não pelo sofrimento psicológico causado.

Rolf Madaleno (2018, p. 493-494) leciona com maestria que as crianças e os adolescentes são titulares do direito fundamental ao completo

desenvolvimento de sua personalidade e do direito fundamental à convivência familiar, sendo que, conforme ressaltado, no termo “familiar” deve-se entender o afeto como elemento fundante da família. Sob essa perspectiva, o abandono afetivo constitui uma violação aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes:

Em paralelo aos deveres dos pais, têm os filhos direitos havidos como fundamentais à garantia da integral formação de sua personalidade (CF, art. 227; ECA, arts. 3º e 4º). Disso tudo resulta compreender e concluir terem os pais um compromisso natural de afeto para com os seus filhos menores e incapazes, sendo direito da prole a convivência familiar, a assistência moral e material de seus pais, mesmo se separados, ou se o ascendente não guardião estiver geograficamente distante, porque ainda assim deverá manter uma razoável e adequada comunicação para com a sua prole, contato cada vez mais facilitado diante dos modernos meios de comunicação, inclusive pela via eletrônica, permitindo a conversação direta e por imagem, além de escrita e falada, sem referir as facilidades de locomoção, deslocando-se com segurança pais e filhos em tempos de férias que compensam as eventuais visitas restritas em razão de distâncias físicas, mas que não justificam distâncias afetivas e deliberados agravos morais. Portanto, amor e afeto são direitos natos dos filhos, que não podem ser punidos pelas desinteligências e ressentimentos dos seus pais, porquanto a falta deste contato influencia negativamente na formação e no desenvolvimento do infante, permitindo este vazio a criação de carências incuráveis, e de resultados devastadores na autoestima da descendência, que cresceu acreditando-se rejeitada e desamada. (grifo nosso)

E o autor continua:

Para Cláudia Maria da Silva, uma sadia convivência familiar respeita o direito de personalidade do filho e garante a sua dignidade, porque a responsabilidade dos pais não se esgota apenas na contribuição material e assim também pensa Rodrigo Santos Neves ao escrever **se tratar a convivência familiar de um**

direito fundamental da criança e do adolescente, atributos essenciais do processo de formação da sua personalidade e desenvolvimento como pessoa, e negar esse direito representa violação ao direito fundamental de convivência (Madaleno, 2018, p. 493-494). (grifo nosso)

Nessa esteira, fica claro que o direito à convivência familiar assegurado às crianças e aos adolescentes no ordenamento jurídico pátrio se trata de um direito fundamental, diante da sua essencialidade na formação saudável de sua personalidade enquanto sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento.

Verifica-se, portanto, que a doutrina especializada reconhece que a responsabilidade civil por abandono afetivo não exige a comprovação do dano psicológico, sobretudo a partir de laudos técnicos. Isso, porque a indenização por abandono afetivo decorre da violação do direito fundamental da personalidade do filho em usufruir do “estado de filho” a partir da convivência familiar centrada no afeto, cujos efeitos danosos ao desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente são evidentes e presumíveis, conforme o estágio atual do conhecimento científico a respeito do desenvolvimento humano.

6 O DANO MORAL *IN RE IPSA* NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

A partir dos entendimentos doutrinários apresentados no presente trabalho, observa-se que os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes no âmbito constitucional e infraconstitucional devem ser interpretados à luz da condição peculiar das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, haja vista que seus direitos influenciam na formação de sua personalidade, o que eleva tais direitos à categoria de direitos fundamentais.

Ou seja, a condição peculiar das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento implica em um olhar diferenciado para se reputar preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil nas ações

indenizatórias por abandono afetivo, tendo em vista os superiores interesses das crianças e adolescentes.

Nessa perspectiva, importa apresentar as concepções doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do dano moral *in re ipsa*, ou dano moral presumido, para o fim de perquirir se o pressuposto do dano na responsabilidade civil por abandono afetivo se enquadra nas características do dano presumido.

A respeito do dano moral presumido, Flavio Tartuce (2015, p. 397) o conceitua como aquele que “não necessita de prova, como nos casos de morte de pessoa da família, lesão estética, **lesão a direito fundamental protegido pela Constituição Federal** ou uso indevido de imagem para fins lucrativos (Súmula 403 do STJ)” (grifo nosso). Nesse sentido, Tartuce (2015, p. 397) complementa:

Em complemento, quanto à pessoa natural, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que, **nos casos de lesão a valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal, o dano moral dispensa a prova dos citados sentimentos humanos desagradáveis, presumindo-se o prejuízo.** (grifo nosso)

Para corroborar tal posicionamento, Tartuce (2015) apresenta em sua obra os fundamentos adotados pela Corte Superior no julgamento do Recurso Especial nº 1.292.141/SP², de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, nos seguintes termos:

[..] **sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral.** Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, **onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano.** A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria

² DJu 04.12.2012

conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta. (grifo nosso)

Ainda a respeito do dano moral presumido nas lesões aos direitos da personalidade, elucida Carlos Alberto Bittar (2015):

A experiência tem mostrado, na realidade fática, que **certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo.** Não se cogita, em verdade, **pela melhor técnica,** em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, **porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente.** [...] É intuitivo e, portanto, insuscetível de demonstração, para os fins expostos, como tem sido definido na doutrina e na jurisprudência ora prevaletes, pois se trata de *damnum in re ipsa*. A simples análise das circunstâncias fáticas é suficiente para a sua percepção, pelo magistrado, no caso concreto. (grifo nosso)

Em síntese, Bittar (2015) leciona que nas condutas que atingem a personalidade humana “Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado”.

A respeito da prova nas indenizações por danos extrapatrimoniais, defende Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 156):

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, **dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta.** Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão;

ou o autor provar que ficou vexado com a não inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante. (grifo nosso)

Com efeito, demonstrou-se no presente trabalho que a doutrina especializada concebe os direitos das crianças e dos adolescentes como direitos fundamentais, sobretudo o direito à convivência familiar, tendo em vista a sua influência no desenvolvimento da personalidade humana.

Sendo assim, considerando o abandono afetivo como a violação dos deveres jurídicos da parentalidade, com a conseqüente infração aos direitos da personalidade das crianças e dos adolescentes, depreende-se que o dano extrapatrimonial experimentado se passa no interior da personalidade das crianças e dos adolescentes, sendo notórios os efeitos nocivos do abandono afetivo a partir das inúmeras publicações científicas que atestam as conseqüências duradouras do abandono parental, o que demonstra a prescindibilidade da produção de prova de tais danos, notadamente a partir de laudos psicológicos.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de seu *mínus* constitucional de interpretar a lei federal, reconheceu, já em 2012, que o descumprimento do dever jurídico de cuidado pelos pais e/ou responsáveis enseja o dever de indenizar, dada a sua caracterização como um ilícito civil, conforme ementa do julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP (Rel. Min. Nancy Andrighi. DJu 24.04.2012):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. **O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.** 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non**

facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (grifo nosso)

É de extrema pertinência ao presente trabalho a fundamentação do voto vencedor proferido pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do referido Recurso Especial, demonstrando a essencialidade do cuidado no desenvolvimento humano e de sua faceta como um dever jurídico imposto aos pais, que se distingue da existência ou não do amor nas relações familiares:

[...] Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente;** ganha o debate contornos mais técnicos, pois **não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente,** cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “[...] além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência [...]” (grifo nosso)

Destaca-se, ainda, que no mencionado julgamento se reconheceu que, muito embora a demandante tenha logrado êxito em superar as vicissitudes decorrentes do abandono parental, a partir da sua inserção profissional e pela constituição de sua própria família, reconheceu-se como **presumidos os danos** experimentados pela demandante a partir das omissões do genitor no exercício do dever de cuidado enquanto pai da demandante:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, **a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe. Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, ad perpetuum, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.** (grifo nosso)

Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu mais uma vez a aplicabilidade do dano moral *in re ipsa* para direitos envolvendo crianças e adolescentes. No julgamento do Recurso Especial nº 1.642.318/MS (Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13.02.2017), a 3ª Turma da Corte Superior entendeu que: “As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, *in fine*, da CF e 12, caput, do CC/02”.

Na fundamentação do acórdão proferido pela 3ª Turma, reconheceu-se que a Constituição Federal e o ECA outorgam às crianças e adolescentes **cuidados especiais**, às quais são asseguradas a **inviolabilidade física, psíquica e moral**, razão pela qual a agressão injusta de um adulto contra uma criança caracteriza o dano moral *in re ipsa*:

O art. 227 da CF/88 determina como dever da família, da sociedade e do Estado “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. A Lei 8.069/90, que tutela especificamente crianças e adolescentes, no art. 17 estabelece que “o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente”. **Assim, é assegurada a primazia do interesse das crianças e dos adolescentes, com a proteção integral dos seus direitos. Sob outro viés, a sensibilidade ético-social do homem comum na hipótese, permite concluir que os sentimentos de inferioridade, dor e submissão, sofridos por quem é agredido injustamente, verbal ou fisicamente, são elementos caracterizadores da espécie do dano moral *in re ipsa*. Logo, a injustiça da conduta da agressão, verbal ou física, de um adulto contra uma criança ou adolescente, independe de prova e caracteriza atentado à dignidade dos menores.** (grifo nosso)

A despeito da situação fática abordada no mencionado julgamento se restringir às agressões físicas e verbais contra crianças e adolescentes, a fundamentação adotada pela Ministra Nancy Andrighi pode também ser aplicada para as indenizações por abandono afetivo, diante da injusta agressão psicológica decorrente do abandono parental, em violação ao disposto no art. 17 do ECA que assegura a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente.

No que concerne ao entendimento jurisprudencial dos Tribunais Estaduais, é comum se deparar com a exigência da comprovação do

dano pelo demandante da indenização extrapatrimonial por abandono afetivo, sobretudo a partir de laudos psicológicos. Todavia, a partir dos fundamentos já expostos no presente trabalho, conclui-se que a exigência de comprovação do dano nas indenizações por abandono afetivo decorre do processamento da ação indenizatória essencialmente à luz dos pressupostos gerais da responsabilidade civil dispostos no Código Civil, sem observar os princípios constitucionais e infraconstitucionais afetos aos direitos das crianças e dos adolescentes que os eleva à categoria peculiar de pessoas em desenvolvimento, albergados, ainda, sob os princípios da proteção integral e da responsabilidade parental, de forma que essas ações indenizatórias devem ser conduzidas sob o olhar do microssistema dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Para além disso, tratando-se o abandono afetivo de uma lesão a um direito da personalidade das crianças e adolescentes, dispensa-se a comprovação da dor e sofrimento pelo lesado, notadamente por meio de laudos psicológicos, haja vista que o dano extrapatrimonial nesses casos detém presunção absoluta.

Ademais, conforme fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, é possível que as crianças e adolescentes vítimas do abandono parental consigam conduzir as suas vidas a despeito da ausência afetiva de seus genitores, o que não desconstitui a violação ao deveres constitucionais parentais por parte desses pais, sob pena das disposições legais se tornarem inefetivas e se onerar excessivamente as crianças e adolescentes a partir da sua sujeição a perícias psicológicas, o que vai de encontro aos princípios da proteção integral e superior interesse dos infantes.

Nessa esteira, denota-se que a partir da concepção doutrinária a respeito do dano moral *in re ipsa* ou dano moral presumido, bem como o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o dano experimentado por crianças e adolescentes decorrentes do abandono afetivo intencional por seus pais e/ou responsáveis prescinde de comprovação, inexistindo óbices técnicos para o reconhecimento da sua presunção, a partir da categoria do dano moral *in re ipsa*.

7 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se demonstrar que a partir do desenvolvimento científico se constatou a essencialidade da afetividade nas relações familiares para o desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes, o que ensejou a mudança de paradigma na concepção de família para o fim de reconhecer que as relações familiares não se limitam ao vínculo biológico, mas se fundamentam no afeto como um instrumento para o bem-estar e a felicidade do ser humano como um ser social.

A repersonalização da família na sociedade a partir do afeto foi reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como um dever jurídico a proteção das crianças e adolescentes de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, além de assegurar o direito à convivência familiar.

O destaque conferido pela Magna Carta aos direitos das crianças e adolescentes ensejou, ainda, a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, que visou regulamentar o art. 227 da Constituição Federal, estabelecendo, ainda, diversos princípios norteadores das regras dispostas no mencionado Estatuto, como, por exemplo, o princípio da proteção integral e o da responsabilidade parental, além de elevar as crianças e o adolescentes à categoria de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento.

Uma vez compreendida a família a partir do afeto existente entre os seus membros, consolidou-se no ordenamento jurídico pátrio o princípio da afetividade, que possui como uma de suas facetas o dever jurídico da afetividade em sua dimensão objetiva, consistente no dever de cuidado conferido aos pais e/ou responsáveis em relação aos filhos, em observância ao princípio da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, a doutrina especializada reconhece que a convivência familiar centrada no afeto consiste em um direito fundamental da personalidade das crianças e dos adolescentes, tendo em vista os estudos científicos que atestam os efeitos nefastos do abandono parental no

desenvolvimento físico, psíquico e social das crianças e adolescentes, cujas consequências perduram até a idade adulta.

Tratando-se de um direito fundamental, depreende-se que, conforme o entendimento doutrinário, a sua violação, por si só, enseja o dever de reparar o dano extrapatrimonial, independentemente de comprovação do dano, a partir da categoria do dano moral *in re ipsa*, a qual reconhece a presunção do dano nos casos de lesão aos direitos da personalidade.

Nesse sentido, inclusive, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça pelo reconhecimento do dano moral presumido em caso de abandono afetivo (Recurso Especial nº 1.159.242/SP), e nos casos de agressões físicas e verbais contra crianças e adolescentes (Recurso Especial nº 1.642.318/MS).

Assim, a partir do arcabouço doutrinário, legal e jurisprudencial apresentados no presente trabalho, denota-se a possibilidade de enquadramento do dano nos casos de responsabilidade civil por abandono afetivo na categoria de dano moral *in re ipsa*, tendo em vista que o direito à convivência familiar centrada no afeto consiste em direito fundamental da personalidade das crianças e dos adolescentes, cujos danos decorrentes de sua violação são notórios e presumidos a partir do conhecimento científico atual.

REFERÊNCIAS

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**, v. 28, n. 85, p. 67-75, São Paulo, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 6 nov. 2023.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais** [livro eletrônico]. 4. ed. rev. aum. e mod. Por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. **Revista da UNICORP**. v. 7, Salvador, 2020. p. 138-153.

CIA, Fabiana; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; AIELLO, Ana Lúcia Rossito. Influências paternas no desenvolvimento infantil: revisão da literatura. **Psicologia Escolar e Educacional**, v. 9, n. 2, p. 225–233, dez. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pee/a/CyCf8rsc7nGhV6jyDWZgVXt/?format=html#>. Acesso em: 6 nov. 2023.

CUCCI, Gisele Paschoal; CUCCI, Fábio Augusto. A proteção integral de crianças e adolescentes como dever social da família, da sociedade e do estado. **UNOPAR**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 77-84, 2011.

DAMIANI, Camila Ceron; COLOSSI, Patrícia Manozzo. A ausência física e afetiva do pai na percepção dos filhos adultos. **Pensando famílias**, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 86-101, dez. 2015. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X201500200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 8 nov. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 49.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 156. v. 4.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. p. 9. v. 5.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 493-494.

MONDARDO, Anelise Hauschild; VALENTINA, Dóris Della. Psicoterapia infantil: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 11, n. 3, p. 621–630, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/5xPGHfXtTNCpDDFrW4f9qSz/?lang=pt#>. Acesso em: 6 nov. 2023.

MORAU, Caio Chaves. **Casamento e afetividade no direito brasileiro: uma análise histórico-comparativa**. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25092020-150438/publico/6768411_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 8 jun. 2025.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Nem só de pão vive o homem: responsabilidade civil por abandono afetivo. **IBDFAM**, 17 mar. 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/392/Nem+s%C3%B3+de+p%C3%A3o+vive+o+Homem:+Responsabilidade+civil+por+abandono+a+afetivo>. Acesso em: 20 ago. 2023.

PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antonio dos. Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros. **Psicologia em Estudo**, v. 12, n. 2, p. 247–256, maio 2007.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. Princípio constitucional da solidariedade. **Revista CEJ**. Brasília, ano XX, n. 68, jan./abr. 2016, p. 37-46.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva. **Consultor Jurídico**, 4 mai. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-paimae-dever-natureza-objetiva/>. Acesso em: 8 jun. 2025.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. *In*: CAHALI, Yussef; CAHALI, Francisco. **Família e sucessões**: relações de parentesco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES, Flaviana Rampazzo; BASTOS, Ísis Boll de Araujo. Abandono parental de cuidado: nomenclatura e repercussão do tema na atualidade jurisprudencial e na visão de quem atua em âmbito jurídico. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (*et al*). **Responsabilidade civil e direito de família**: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade [livro eletrônico]. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

TARTUCE, Flávio. Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira. **IBDFAM**, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1232/Da+indeniza%C3%A7%C3%A3o+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprud%C3%Aancia+brasileira>. Acesso em: 4 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 397.

A AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE
NA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO
IMPOSTO SOBRE A RENDA

Leandro Tripodi

Bruce Bastos Martins

A AQUISIÇÃO DE DISPONIBILIDADE NA REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA*

ACQUISITION OF AVAILABILITY AS A PREREQUISITE FOR TAXATION UNDER THE BRAZILIAN INCOME TAX

Leandro Tripodi

Doutorado em Direito Internacional (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, 2014), mestrado em Administração Pública (Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 2024) e especialização em Direito Tributário (Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, Brasil, 2021). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Nossa Senhora do Patrocínio (Itu e Salto, SP, Brasil), desde 2024. Foi professor do Curso de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (São Paulo, SP, Brasil), de 2020 a 2024. Analista Tributário da Receita Federal do Brasil, desde 1997.

Bruce Bastos Martins

Doutorado em andamento em Direito Tributário (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil), mestrado em Direito Tributário (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil, 2019) e especialização em Direito da Aduana e do Comércio Exterior (Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil, 2016). Professor Seminarista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (São Paulo, SP, Brasil), desde 2016, e Advogado em Santa Catarina, desde 2011.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O SENTIDO DO VOCÁBULO “AQUISIÇÃO”, PRESENTE NO ART. 43 DO CTN; 3 O SENTIDO DE “AQUISIÇÃO DA DISPONIBILIDADE, ECONÔMICA OU JURÍDICA”, NO ART. 43 DO CTN; 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION 2 THE MEANING OF THE WORD “ACQUISITION” IN ART. 43 OF THE CTN; 3 THE MEANING OF “ACQUISITION OF AVAILABILITY” IN ART. 43 OF THE CTN; 4 CONCLUSION. REFERENCES.

RESUMO

O artigo apresenta leitura coordenada dos conceitos “aquisição” e “disponibilidade”, presentes no art. 43 CTN. Enquanto a doutrina tem se debruçado sobre a disponibilidade, a aquisição costuma ser sub-rogada em conceitos extratextuais, tais como realização da renda. Diferencia-se o emprego do termo aquisição no Direito Privado e Público. Afasta-se a eventualidade que, no Direito Privado, caracteriza a aquisição, devendo essa, para fins do imposto sobre a renda, ser onerosa, sinalagmática, intencional e empregar de recursos ou esforços do contribuinte. Privilegia-se uma

*ARTIGO RECEBIDO EM 09.12.2024 E APROVADO EM 22.04.2025.

coordenação estruturada dos vocábulos “aquisição” e “disponibilidade”, por oposição à análise segmentada, desvendando-se uma estrutura piramidal para os conceitos do art. 43. Distingue-se a disponibilidade econômica da jurídica da seguinte forma: a se estabelecer direito novo a partir da fruição imediata de um direito que se retira do patrimônio do contribuinte, há uso de disponibilidade econômica; se a fruição não ocorre de imediato, mas futuramente, há uso de disponibilidade jurídica.

Palavras-chave: imposto de renda; Código Tributário Nacional; aquisição de disponibilidade; disponibilidade econômica; disponibilidade jurídica.

ABSTRACT

We aim at interpreting the concepts “acquisition” and “availability” contained in Art. 43 of the CTN. While commentators often focus on availability, acquisition is often neglected in favor of concepts foreign to the language of the CTN, such as realized income. The meaning of acquisition in Private Law does not match the wording of the CTN, per our interpretation. Whereas in Private Law acquisition contemplates passively attaining ownership, for tax purposes a value or asset must be acquired with consideration and intentionality in a bilateral relationship through the deployment of efforts or resources by the taxpayer, so as to characterize income. We provide an articulate, structured analysis of concepts pertaining to Art. 43, by arranging them in pyramidal shape. The difference between legal and economic availability of income is construed as referring to the moment at which a certain right is, or may be, assigned by the taxpayer to a third party.

Keywords: income tax; Brazilian National Tax Code; acquisition of income availability; economic availability; legal availability.

1 INTRODUÇÃO

Conforme o Código Tributário Nacional, art. 43, o imposto, de competência da União, sobre renda e proventos de qualquer natureza

tem como hipótese tributária a aquisição, pelo contribuinte, de uma disponibilidade econômica ou jurídica, seja como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, caso em que se caracterizará aquela como renda, ou de outra maneira, caso em que se caracterizará como proventos de qualquer natureza.

Cumpra, em primeiro lugar, estabelecer que quaisquer acréscimos patrimoniais dependem de estarem disponíveis ao contribuinte, para configurarem a hipótese tributária em questão. Mas, se se atentar para o verbo da hipótese, a disponibilidade da renda (ou proventos) deve decorrer de uma aquisição jurídica. Pois, em última análise, o núcleo da materialidade tributária analisada está na aquisição da disponibilidade de um direito cujo conteúdo representa renda ou proventos.

A ênfase é necessária, uma vez que a doutrina tem por demais se preocupado com a ideia de disponibilidade, e menosprezado a de aquisição (ou sub-rogado esta última na ideia, estranha ao texto legal, de “realização da renda”).

Este artigo propõe uma leitura articulada e conexa dos conceitos de aquisição e disponibilidade, os quais constituem requisitos cumulativos, encontrados na regra matriz de incidência tributária do imposto sobre a renda. A “aquisição da disponibilidade” é construção enunciativa acerca da qual o intérprete necessita desenvolver entendimento seguro, pertinente e adequado, o que contribuirá para a obtenção de clareza e segurança jurídica, que favorecem tanto o fisco (pela mitigação dos riscos de conformidade) quanto o contribuinte (pelo melhor conhecimento, de antemão, de sua carga tributária).

Tal leitura está em linha, como ficará demonstrado, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na matéria e apenas não chegou a ser formulada, no entendimento dos autores, de forma científica e coerente pela doutrina, até o presente momento.

2 O SENTIDO DO VOCÁBULO “AQUISIÇÃO”, PRESENTE NO ART. 43 DO CTN

É incontestado, como diz Brandão Machado (1996, p. 100), que o art. 43 não define o “fato gerador real” do imposto sobre a renda; na esteira desse autor, o dispositivo constitui, na verdade, comando ao legislador ordinário. Logo, o seu *definendum*, isto é, o âmbito em que o legislador ordinário é autorizado, em cumprimento aos preceitos constitucionais, a determinar ao Estado que exproprie parcela do patrimônio dos indivíduos “deve ficar claramente caracterizado”, sob pena de se exorbitar da competência constitucionalmente atribuída à União, por força do permissivo pertinente da Lei Maior.

Mas, o núcleo material da hipótese tributária do imposto sobre a renda não é o acréscimo patrimonial, como dizem alguns. O verbo que deve ser exercido pelo contribuinte, de modo a torná-lo sujeito passivo do dever jurídico de recolher o imposto sobre a renda, é “adquirir”. Daí o vocábulo “aquisição”, no enunciado do art. 43 do CTN — o qual deve ser lido como o ato de adquirir.

No Direito Civil — fonte da qual se deve beber a fim de inaugurar qualquer investigação jurídica em torno de um vocábulo consagrado naquele ramo jurídico —, a aquisição é ato que se pode perfazer por ato próprio ou de outrem, tendo como beneficiário o próprio sujeito ou terceiro. Tal era a redação do Código Civil de 1916, a qual o de 2002 decidiu não repetir, por ociosa (Monteiro e Pinto, 2016, p. 232–3). Porém, não se vislumbra a mesma amplitude semântica, no Direito Tributário, para o vocábulo em questão.

Primeiro, porque, no Direito Civil, a aquisição pode ter o sentido de *ver nascer*, para si, o direito, em decorrência de ato (ou, até mesmo, independentemente de ato) próprio ou de terceiro; por essa mesma razão, pode operar a título oneroso ou gratuito.

Já, no Direito Tributário, particularmente no âmbito do art. 43 do CTN, a expressão ganha contornos próprios. Não se trata de um daqueles conceitos invariáveis do Direito Privado a que se refere o art. 110 do mesmo diploma; trata-se de **conceito próprio do Direito Tributário**, que não se alinha ao seu congêneres civilístico. É caso em que a palavra,

“posto que homógrafo à daquele ramo [isto é, privado] do Direito, ganha novo significado à luz do contexto da legislação tributária” (Schoueri, 2019, p. 799). Por sinal, o art. 110 do CTN dirige-se ao legislador ordinário consecutivo ao CTN; não, por óbvio, ao próprio legislador complementar de 1966. Por outro lado, não quer impor que o Direito Tributário mantenha-se refém de conceitos privatísticos, apenas evitar que faça pouco-caso do sentido construído na seara de origem para os respectivos institutos.

Quando escreve “aquisição”, quer o legislador complementar tributário de normas gerais remeter a um sentido próprio, consistente com a ideia (de mais a mais, **constitucional**) de renda: sentido esse que, por conseguinte, afasta a heteroaquisição (isto é, a que se processa mediante ato de terceiro), como também afasta a aquisição sem ato, bem como a gratuita (isto é, por doação, subvenção, etc.), as quais não condizem com a noção constitucional de renda. Sacha Calmon Navarro Coêlho (2020, p. 321) tece o argumento de que a tributação, pelo imposto sobre a renda, das heranças, legados e doações é impossível “por decisão expressa do constituinte, que para eles cominou o imposto sobre a transmissão de quaisquer bens, direitos e doações e o entregou à competência dos Estados-Membros”. Não procede, contudo, a afirmação; pois, os impostos sobre transmissão são reais, ao passo que o imposto sobre a renda é pessoal. Além disso, a Constituição não proíbe a bitributação, salvo nas hipóteses que especifica (autorizando-a, a *contrario sensu*, nas demais).

O critério material da regra-matriz do imposto sobre a renda dialoga, pela intertextualidade, com os princípios tributários, de modo que o vocábulo “aquisição”, constante do art. 43, denota uma ação do contribuinte, a título oneroso, cujo signo presuntivo de riqueza revela, em alguma medida, a capacidade de sua contribuição ao erário. É necessário, portanto, não confundir, na expressão do que significa juridicamente “adquirir”, a constituição do direito de exigir algo de alguém constante da proposição-consequente de uma norma (didaticamente, de Direito Privado), com a descrição do direito de dispor de renda (ou proventos) constante da proposição-antecedente de uma outra norma (didaticamente, de Direito Público).

Pelo princípio da homogeneidade sintática, toda norma possui uma mesma e única estrutura, assim simbolizada: “D(p→q)”.

“D”, nesse contexto, simboliza o operador deôntico que implica (“→”) uma proposição-consequente “q” pela constatação fática da proposição-antecedente “p”: **se** acontecer p, então **deve ser** q. O significado de “p” e “q” é uma construção que encontra limites semânticos (molduras normativas, no léxico kelseniano) na relação de interpretação do agente competente com o sistema de proposições que constitui o direito positivo. Daí a estrutura ser homogênea (princípio da homogeneidade sintática), mas o conteúdo ser heterogêneo (princípio da heterogeneidade semântica).

Por isto, se a norma tributária apresenta a seguinte estrutura lógica: “D((cm.ce.ct)→(cp.cq))”, enquanto mínimo necessário para a manifestação de uma prescrição de conduta intersubjetiva — no caso da norma primária dispositiva, o dever do contribuinte ou responsável de recolher o tributo ao erário —, tendo em vista a regra-matriz do imposto sobre a renda, o vocábulo “aquisição”, integrante do critério material **adquirir disponibilidade de renda ou proventos**, ganha foros semânticos que o diferenciam — seja pela posição que ocupa na estrutura de uma norma de Direito Público, seja pelo dialogismo que mantém com as demais proposições do sistema tributário —, do vocábulo “aquisição” integrante do critério prestacional ou quantitativo de uma norma de Direito Privado.

Por isso, a **eventualidade**, que em certos casos caracteriza a aquisição no Direito Privado, deve ser rejeitada na seara tributária, na qual adquirir significa (no âmbito do imposto sobre a renda, especificamente, sem prejuízo de outras materialidades tributárias) **ganhar** para si — e não simplesmente ver nascer, para si — o direito; é dizer, **obtê-lo a título oneroso**.

Esse, sem dúvida, o sentido no qual concluiu o plenário do STF (Brasil, 1993), em acórdão da lavra do ministro Carlos Velloso: “receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, **a título oneroso**” (grifo nosso).

Dizer que a aquisição processa-se a título oneroso importa ressaltar o seu caráter **senalagmático**, sem entrar em considerações acerca de tratar-se, efetivamente, de uma remuneração, pois esta é sinônimo de

paga e, portanto, deve ser comutativa (o que implica dizer, mais do que sinalagmática), o que significa que, além da reciprocidade (que se traduz no sinalagma), deve embutir ainda a equivalência relativa das prestações. Há confusão, na civilística contemporânea (mas não na doutrina clássica, por nós compulsada), entre o sinalagma (*do ut des*) e a comutatividade (*quid pro quo*). O sinalagma admite a álea (contemplando a inequivalência de prestações), ao passo que a equivalência relativa das prestações tem que ver, tão somente, com a comutatividade.

Contudo, não são tributáveis, do ponto de vista do art. 43, os atos revestidos de **simples bilateralidade**, tais como o comodato e o depósito gratuito (Monteiro e Pinto, 2016, p. 249), visto que, na concepção das regras internacionais de contabilidade, ou IFRS¹, a perspectiva patrimonial definidora de um **ativo** da entidade relega a noção jurídica (particularmente, civilista) de propriedade, aproximando-se da de **controle** (a qual se assemelha à de posse direta, no Direito) sobre o bem (Comitê de Pronunciamentos Contábeis, 2019, itens 4.19-4.25). Há controle, do ponto de vista contábil, sobre o bem havido em arrendamento mercantil operacional e sobre aquele recebido em comodato, por exemplo; mas não ocorre, nesses casos, a aquisição, do ponto de vista da norma tributária, de um ativo — pois não foi percebida nenhuma vantagem, ou mais-valor, à custa de recursos ou esforços do contribuinte, ou incorporado direito de propriedade ao seu patrimônio. Do ponto de vista do comodante, porém, pode ser o caso de perquirir acerca do caráter sinalagmático da operação. A aplicação de disposição legal que obriga à apuração do imposto no caso de bem cedido gratuitamente pode ser entendida como fulcrada no art. 116, parágrafo único, do CTN (v. adiante). Contudo, trata-se de matéria de fato, logo não se pode subtrair, ao contribuinte, o direito de provar que não se verifica, no caso concreto, o *do ut des*.

¹ Sigla para *International Financial Reporting Standards*, ou Normas Internacionais de Relatório Financeiro, adotadas pela IFRS Foundation e pelo International Accounting Standards Board (IASB). Tais normas foram introduzidas, em nosso ordenamento jurídico, pela Lei 11.638/2007 (BRASIL, 2007), pela Lei 11.941/2009 (BRASIL, 2009) e pela Lei 12.973/2014 (BRASIL, 2014b).

Conclui-se que a aquisição a que se refere o art. 43 do CTN pressupõe o sinalagma, isto é, a existência de “ônus e vantagens recíprocos” (Monteiro e Pinto, 2016, p. 249) e reveste-se de onerosidade. Tal conclusão está em harmonia com a lição de Bulhões Pedreira (1979, p. 167–9), o qual afirma que “a noção de renda pressupõe [...] a de ação econômica” e que “renda é o que resulta dos atos econômicos”, o que ressalta a **intencionalidade** da aquisição (por inexistir ação sem intencionalidade). O autor afirma, ainda, que “a produção em comum pressupõe necessariamente atos de troca” (1979, p. 172) e que “a ação econômica em comum [...] requer atos de repartição da renda (de atribuição a cada agente da sua quota no resultado da produção comum)” (1979, p. 168). Em sua visão, “renda [...] é moeda adquirida pelo indivíduo em decorrência de atos de repartição da renda produzida pela sociedade” (1979, p. 172). Bulhões Pedreira prestigia, na obra citada, uma concepção monetária de renda, sobranceiramente coerente com o art. 3º do CTN. Entretanto, a presença de comutatividade não constitui um requisito da regra-matriz, nem a mera ausência daquela autoriza o enquadramento, nesta, de um certo negócio jurídico.

Mais recentemente, Ramon Tomazela Santos (2018, p. 485) expressou o que ora denominamos de intencionalidade da renda na ideia de que o termo aquisição, empregado pelo CTN, resultaria na necessidade de se observar uma “relação de troca com o mercado”, protagonizada pelo contribuinte, a fim de que restasse caracterizada a realização da renda.

Mas, nem por isso a comutatividade estaria, necessariamente, **fora** do art. 43; não está afastada, excluída, descartada; apenas, precisa ser **trazida à baila**. E deverá sê-lo todas as vezes em que esteja em questão a possibilidade de elusão ou evasão fiscais². Nesses casos, a autoridade tributária detém o poder-dever de questionar a comutatividade da

² Polêmica interminável circunda o emprego de termos tais como elisão, elusão e evasão, na seara tributária. Neste trabalho, compreendemos elisão como o (re)planejamento da atividade empresarial que, alterando a **substância** de negócios e operações, evita a ocorrência do fato gerador; elusão, como a mera simulação (relativa, portanto), que não se ressinta de caráter fraudulento; e evasão, os casos de sonegação fiscal *lato sensu* — ou seja, aqueles especificamente contemplados nos arts. 71 e 72 da Lei 4.502 (BRASIL, 1964).

operação, quando constatada a ocorrência de falsidade, fraude ou outros vícios que afetem o negócio jurídico, nos termos do art. 149, incisos IV e VII, do CTN³ — restando legitimada, em tese, a glosa.

Por outro lado, é sabido que grupos de empresas, às vezes, criam verdadeiros mercados intragrupais, operando o fornecimento de bens e serviços e circulando recursos financeiros entre as empresas do grupo — seja em âmbito doméstico, seja de forma transfronteiriça —, sem que em questão esteja, necessariamente, a ocorrência de quaisquer vícios. Não se trata de **verdadeiros** mercados, logo não há **verdadeira** onerosidade nessas operações. Porém, em tais hipóteses, o sinalagma, bem como a onerosidade, devem ser objeto de ficção jurídica (devendo ser entendidos como presentes), sob pena de violação do princípio da isonomia em relação às operações entre empresas não relacionadas entre si, com desvantagem para estas últimas.

Um exemplo dessa presunção de onerosidade é o caso dos preços de transferência, os quais são determinados assumindo-se que a troca deva ser apreçada tal qual se tratasse de vera operação de mercado (observando-se, portanto, o princípio *arm's length*); é dizer, em perspectiva sinalagmática **e, ainda que fictamente, comutativa.**

Mas, ressalvadas essas hipóteses, não pode a comutatividade (e sobretudo sua ausência) ver-se evocada no plano da hipótese tributária do imposto sobre a renda, sob pena de **arrastar-se**, para o campo de aplicação material do art. 43, negócios jurídicos que não representam verdadeira aquisição — com isso procedendo-se à tributação, não da aquisição **jurídica** de disponibilidade, mas da simples tumescência do valor do patrimônio, sem que possa se falar em aquisição, no sentido próprio de ação reveladora de riqueza tributável.

³ A aplicação da doutrina do abuso de direito no âmbito do contencioso tributário, conquanto meritória, do ponto de vista da preservação da isonomia e do respeito à capacidade contributiva, além de controversa, costuma ser dispensável. Veja-se exemplo de acórdão do CARF (BRASIL, 2014a), para citar apenas um exemplo, em que o fundamento jurídico do abuso de direito poderia perfeitamente ter sido substituído pelo da simulação — esta, prevista expressamente no CTN.

Seria de tal ordem o enquadramento de permuta, sem que haja torna, como fato imponible sob o art. 43; com efeito, a não ser que se trate de negócio simulado, ou que a torna (ela mesma) consubstancie a aquisição, sob a ótica jurídico-tributária, do bem permutado, não constitui a hipótese de permuta verdadeira aquisição, tendo em vista o comparecimento de um *animus permutandi*, traduzido no brocardo *rem pro re* — ou seja, do intuito de mera substituição patrimonial, com a qual não pode se igualar nenhum sentido do vocábulo aquisição.

Embora o Código Civil de 2002 tenha assentado que se aplicam, à permuta, as disposições concernentes à compra e venda (Brasil, 2002, art. 533), não se deve confundir os institutos, nem mesmo na hipótese de troca de valores desiguais, visto que essa possibilidade está expressamente consagrada sob a rubrica da permuta (v. o inciso II do caput do artigo citado). Nesse sentido, aliás, decidiu o STJ: “o contrato de troca ou permuta **não deverá ser equiparado na esfera tributária ao contrato de compra e venda**” (Brasil, 2018b, grifo nosso). Em outras palavras, não deve, na seara tributária, ser o negócio informado de **ânimo permutativo** (isto é, a troca ou permuta) ser tomado por negócio de **caráter aquisitivo**.

Tal conclusão independe do grau de liquidez dos ativos objeto da permuta (desde que não fique ineludivelmente caracterizado o pagamento de um preço⁴), de seu valor de troca ou da perquirição em torno de ter havido demonstração de capacidade contributiva ou de estar evidenciado signo presuntivo de riqueza nova.

A riqueza nova deve ser representativa de um direito novo, no cômputo dos direitos exercidos sobre um valor econômico que constituem o patrimônio do contribuinte. Aliás, é por esta razão que outras formas de transformação do patrimônio como, por exemplo, a extinção ou a criação de deveres obrigacionais — formas passivas de vinculação jurídica com o

⁴ A conclusão de que houve o pagamento **disfarçado** de um preço, configurando compra e venda dissimulada e permuta simulada (ainda que não com estas palavras), em virtude das peculiares circunstâncias fáticas dos autos, foi o que levou o CARF, acertadamente, a manter a tributação do ganho de capital numa operação de troca de participações societárias da qual era parte a pessoa física atuada (BRASIL, 2012).

conteúdo econômico da obrigação, a exemplo da anistia de uma multa — ou quaisquer outras formas que representem acréscimo patrimonial a não ser pela constituição de um direito novo, representativo da ação de aquisição, não caracterizam a hipótese tributária do imposto sobre a renda.

Daí, também, a reavaliação de um conjunto de direitos já constituídos não caracterizar acréscimo patrimonial, pois o “ganho”, descrito em linguagem contábil, não constitui novo direito, em linguagem jurídica, não restando — tampouco nessa hipótese — satisfeito o significado tributário do vocábulo “aquisição”.

3 O SENTIDO DE “AQUISIÇÃO DA DISPONIBILIDADE, ECONÔMICA OU JURÍDICA”, NO ART. 43 DO CTN

Não calha com a rigorosa investigação, porém, do núcleo da materialidade do imposto sobre a renda o ater-se à palavra aquisição (conquanto imprescindível a sua análise), visto que essa se articula, sintática e semanticamente, com os demais vocábulos componentes do mesmo bloco textual.

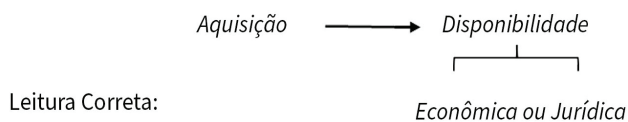
O microcosmo conceitual do art. 43 gravita em torno do conceito, um tanto abstrato, da **aquisição de disponibilidade**, sendo que, devido à largueza conferida ao complemento da materialidade “renda ou proventos” (incisos I e II), bem como à ausência de circunscrição definidora conceitual do acréscimo patrimonial, mais vale discutir o feixe vocabular básico do *caput*, do que aquele dos incisos — no sentido de que, segundo entendemos, essa discussão propiciará maior facilidade de delimitar o critério material do imposto (consistente na ação de “adquirir disponibilidade jurídica ou econômica”) do que aquela sobre a natureza em si da renda (ou, em menor grau, dos proventos), até porque cingida essa, em última análise, à discussão sobre o acréscimo patrimonial.

Embora muito já se tenha discutido sobre o patrimônio e sua relação com o imposto sobre a renda, é de bom alvitre recordar que, se por um lado o direito privado fornece sólidas definições de patrimônio, nenhuma oferece de **acrécimo** (sequer, mutação ou transformação) patrimonial; logo, o apego ao esteio privatístico (com fulcro nos arts. 109 e 110 do CTN) para a edificação da noção tributária de acréscimo patrimonial é, por mais uma razão, injustificado, pois é o Direito Tributário

que deve se ocupar da fração conceitual que extrapola a noção predefinida na esfera de origem.

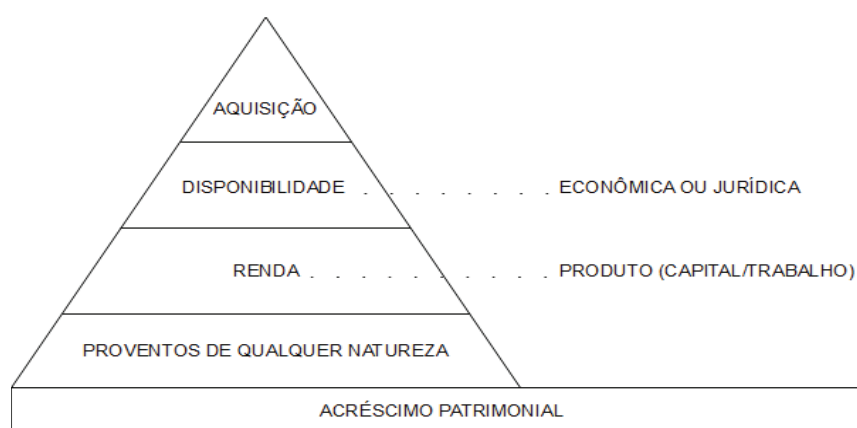
Dito isso, cumpre especular sobre qual a relação mais adequada entre as ideias de aquisição e disponibilidade, bem como sobre a relação do elemento “aquisição de disponibilidade” com as palavras “econômica ou jurídica”, as quais vêm a seguir, na composição que nos deu o legislador complementar tributário de normas gerais.

A leitura correta, e que reflete de maneira precisa a vontade do legislador, verifica-se pela coordenação estruturada entre os vocábulos “aquisição” e “disponibilidade”, por oposição à sua análise segmentada; porém, é preciso notar que o qualificativo alternativo “econômica ou jurídica” refere-se, somente, ao segundo deles:



Percebe-se, portanto, que o núcleo material do imposto sobre a renda, tal como estruturado a partir das disposições do art. 43, remonta a uma arquitetura piramidal, hierarquizada com base na ênfase dada, pelo legislador complementar, a cada parcela do período; no vértice, como ideia mais potente encontrada na estrutura, à qual acorrem as demais, localizamos a palavra aquisição; e como ideias cada vez mais tênues, identificamos as de disponibilidade econômica ou jurídica, renda e proventos de qualquer natureza (sendo esta última a mais tênue delas, diante de seu incontestado caráter residual):

Figura 1. Pirâmide dos elementos textuais presentes no art. 43 do CTN



Fonte: autores.

Disponibilidade — se pudermos dizê-lo, um pouco ironicamente, à la MacNaghten — é a possibilidade de dispor. O vocábulo “dispor” tem sua origem etimológica no latim “*dispono, disponere*”, que significa **aplicar ou usar livremente de** (Torrinha, 1942), mas também **colocar em diferentes lugares, pôr separadamente, ordenar, distribuir** (Rezende, 2014). Dispor de um direito, ou tê-lo de forma disponível, refere-se, portanto, à possibilidade de aplicá-lo, de usufruí-lo, livremente. Em uma frase, o direito é disponível quando é apto a gerar novas relações jurídicas a partir do uso ou consumo de seu conteúdo econômico (por questão de simplicidade, diremos uso ou consumo do direito, querendo dizer que este é exercido pelo titular e, ato contínuo, extingue-se para aquele).

Mas, o CTN acrescenta o qualificativo (alternativo) “econômica ou jurídica” ao termo em pauta. Então, qual o critério jurídico para diferenciar a aquisição de um direito que se apresente disponível economicamente de um direito que se apresente disponível juridicamente?

Mariz de Oliveira, em célebre monografia, entende que, se por um lado tanto a disponibilidade econômica quanto a jurídica correspondem

a um aumento patrimonial (requisito o qual, no tocante ao imposto de renda, o autor qualifica como “fato nuclear necessário à ocorrência do fato gerador”), a disponibilidade jurídica decorre de um evento causador regido pelo direito, ao passo que a econômica se deve a uma situação de fato, apenas — um mero “ato físico”. Nesse sentido, preleciona que, em se tratando de situações de aquisição reditícia amparadas por norma jurídica (o que entende corresponder à quase totalidade dos casos), a disponibilidade jurídica estará sempre presente, de modo a se tornar desnecessário valer-se do conceito de disponibilidade econômica (Oliveira, 2020, p. 380–381).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2013), no julgamento da ADI 2.588/DF, pareceu vincular o conceito de disponibilidade à possibilidade de exercer o controle societário em relação aos lucros contabilizados por empresa controlada no exterior. Anteriormente, no RE 172.058/SC (Brasil, 1995), a mesma Corte havia sinalizado para a identidade entre a disponibilidade econômica da renda e a receita realizada, entendendo por outro lado que a disponibilidade jurídica consistiria no direito a receber um crédito consubstanciado num título jurídico hábil.

Se dispor de um direito significa aplicá-lo ou usá-lo livremente (em linha com o sentido de *disponere*), o que se pode extrair do critério em questão é o modo segundo o qual se faz possível usar o direito, na constituição de outras relações jurídicas. O uso do direito na constituição de um novo direito — o que a doutrina denomina de “realização” —, quando efetivado, apresenta dois modos de vir a ser: a) extinguindo a relação com o patrimônio do contribuinte, para constituir uma nova relação; ou b) mantendo a relação com esse mesmo patrimônio, mas, ainda assim, constituindo, a partir dela, uma outra relação patrimonial.

Se se estabelece um direito novo a partir do uso daquele direito que vem a se retirar do patrimônio do contribuinte, então houve o uso da disponibilidade econômica do direito. Mas, se a extinção não ocorre de imediato, devendo ocorrer futuramente, então houve o uso da disponibilidade jurídica. Ao se aplicar o direito, disponível de forma econômica, seu conteúdo patrimonial é transferido para outro sujeito de

direito; mas, ao se aplicar o direito, disponível apenas jurídica, compromete-se o patrimônio no presente, visando-se à futura fruição (ou uso) do direito. Em última instância, o critério legal que distingue os modos de disponibilidade de um direito, embora se mostre temporal, ou formulável em termos cronológicos, é essencialmente relacional, ou formulável em termos lógicos.

A possibilidade de dispor economicamente de um direito que se vincula ao patrimônio do contribuinte é a condição desobstruída de exercê-lo, de modo a extingui-lo, com vistas à constituição de um direito novo. Por seu turno, a possibilidade de dispor juridicamente de um direito que se vincula ao patrimônio do contribuinte é a condição desobstruída de exercê-lo, de modo a mantê-lo, no tempo, sob condição de extinção futura (para o contribuinte), com vistas à constituição de um novo direito.

Procedemos da maneira seguinte, a fim de perseguir uma definição rigorosa e útil, do ponto de vista da hermenêutica, ao intérprete:

a) disponibilidade econômica: é a efetiva possibilidade de dispor de um valor presente sobre o qual se pode exercer o direito de transferi-lo, imediata e extintivamente (ou com fruição imediata);

b) disponibilidade jurídica: é a efetiva possibilidade de dispor de um valor presente sobre o qual se pode exercer o direito de transferi-lo, fruindo-se mediata e não (desde logo) extintivamente do direito.

A desobstrução para exercer o direito (ou efetiva possibilidade de dispor) significa a inexistência de norma que impeça o exercício do direito, ou uso do seu valor. Em termos jurídicos, essa obstrução é causada por uma norma que, em relação com a norma individual e concreta do direito de dispor do contribuinte, estabelece a **ineficácia técnico-sintática** (Carvalho, 2015, p. 475) para o seu exercício. Portanto, a obstrução da disponibilidade decorre de uma impossibilidade sintática de conexão entre normas, sejam elas gerais e abstratas ou individuais e concretas, que confira eficácia técnica ao exercício do uso do direito. A eficácia técnica de um direito ou, o que é o mesmo, o uso de sua disponibilidade forma-se a partir de certos requisitos sintáticos do sistema jurídico — o que implica

a necessidade de compor enlaces entre normas, sem os quais a norma fica impedida de produzir seus efeitos (Ferraz Júnior, 2003, p. 200).

Por seu turno, o uso do valor, deste direito cujo núcleo obrigacional lhe confere uma **utilidade econômica, presente ou futura, efetiva ou potencial**, significa dispor dele para estabelecer novos direitos que o subordinam à transferência jurídica, mediata ou imediata, de sua fruição definitiva, para terceiros. Nesta seara, pode-se vislumbrar dois momentos jurídicos, que poderão perfazer duas hipóteses tributárias distintas do IR: a) primeiro momento: ocorre a aquisição de um direito que aumenta o patrimônio do contribuinte, em um determinado tempo; b) segundo momento: há o efetivo uso ou consumo do valor que aumentou o patrimônio do contribuinte, de modo a transferi-lo para um terceiro que dele poderá fruir definitivamente.

Pensemos no exemplo de um título de crédito adquirido cujo uso para estabelecer novas relações jurídicas encontra-se desobstruído. O fato de o contribuinte conseguir dispor juridicamente desse título, isto é, ter o poder de estabelecer novos direitos a partir do seu uso, subordinando sua transferência mediata do conjunto de direitos constitutivos do seu patrimônio (disposição para consumi-lo do seu rol de direitos, portanto), já perfaz as condições que revelam o signo presuntivo de riqueza tributável pelo IR.

O segundo momento está no uso efetivo do título para estabelecer novas relações jurídicas (consumi-lo, finalmente), o que significa comprometer a existência do direito ao título, imediata ou mediamente, com vistas ao aumento do patrimônio do contribuinte, formalizando-se um novo direito. A aquisição deste novo direito caracteriza a ocorrência de uma outra hipótese tributária do IR.

Deve-se interpretar “um direito”, nas definições acima, como qualquer direito, aí incluído o direito *prima facie* que assiste ao detentor de papel-moeda (como um direito *erga omnes* de forçar a sua circulação) ou ao cliente de instituição financeira (de movimentar a sua conta, mediante o uso de senha pessoal).

4 CONCLUSÃO

Procurou-se, neste trabalho, demonstrar que a palavra “aquisição”, presente no art. 43 do CTN, não pode ser negligenciada no mister de se construir a regra-matriz de incidência do imposto sobre a renda. Além disso, é necessário delinear, para ela, uma interpretação própria do ramo tributário, não bastando servir-se do Direito Privado para esse fim, o que resultaria em uma conceituação equivocada e de pouca utilidade. Contudo, nota-se que a doutrina, em sua maior parte, tem se preocupado muito mais com a ideia de disponibilidade, chegando a sub-rogar a noção de aquisição em ideias tais como a da realização da renda ou o princípio da renda líquida, de maneira que não condiz perfeitamente com a textualidade do CTN.

Podemos concluir a análise com uma diferenciação entre a hipótese de aquisição de disponibilidade econômica e de disponibilidade jurídica. Definimo-las assim, combinando as noções anteriormente enunciadas:

a) aquisição de disponibilidade econômica: é a ação do sujeito passivo que o leva a auferir um valor (utilidade econômica) sobre o qual pode exercer o direito de usufruí-lo (agora), **transferindo-o imediatamente para terceiros;**

b) aquisição de disponibilidade jurídica: é a ação do sujeito passivo que o leva a auferir um valor (utilidade econômica) sobre o qual pode exercer o direito de usufruí-lo (agora), **subordinando sua transferência mediata para terceiros.**

Em ambas as formas de aquisição de disponibilidade não é o critério cronológico que prevalece, juridicamente, mas o lógico-sintático, no sentido de o direito ser tecnicamente eficaz para a constituição de novas relações jurídicas.

Por fim, os autores esclarecem que não se pretendeu, com este artigo, proceder à formulação de um juízo de valor com respeito à adequação da redação do art. 43 do CTN em termos de política tributária, no âmbito da tributação da renda, limitando-se o trabalho a buscar uma construção exegética válida do ponto de vista da argumentação jurídica, a partir das escolhas feitas pelo legislador complementar tributário de normas gerais, de maneira fiel aos termos utilizados na redação do dispositivo.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, P. A. A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas e coligadas. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). **Grandes questões atuais de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2013. p. 218-234, v. 17.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1201-003.311** (recurso de ofício e recurso voluntário no processo administrativo fiscal nº 16561.720010/2018-87), rel. cons. Neudson Cavalcante Albuquerque, 2ª Câmara, 1ª Turma Ordinária, sessão de 12 nov. 2019. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 28 jun. 2020.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 1202-001.176** (recurso voluntário no processo administrativo fiscal nº 10140.720867/2011-03), rel. cons. Orlando José Gonçalves Bueno, 2ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, sessão de 29 jul. 2014. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Acórdão nº 2102-001.909** (recurso voluntário no processo administrativo fiscal nº 10680.019097/2007-51), rel. cons. Giovanni Christian Nunes Campos, 1ª Câmara, 2ª Turma Ordinária, v. u., sessão de 16 abr. 2012. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Brasília: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- BRASIL. Decreto n.º 7.212, de 15 de junho de 2010. Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, ano 147, n. 113, p. 4, 16 jun. 2010.
- BRASIL. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Brasília: **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 225, p. 57, 23 nov. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Diário Oficial da

União, 27 out.1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014**. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL, etc. Brasília: Diário Oficial da União, 14 maio 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.560-SC**, rel. min. Herman Benjamin, votação unânime, julgado em 17 maio 2018, DJe, 21 nov. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.588/DF**, rel. min. Ellen Gracie (red. p/ ac. min. Joaquim Barbosa), Tribunal Pleno, julgado em 10 abr. 2013, DJ, 11 fev. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 117.887-6/SP**. Rel. min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11 fev. 1993, DJ, 23 abr. 1993. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) nº 172.058-1/SC**. Rel. min. Marco Aurelio, Tribunal Pleno, julgado em 30 jun. 1995, DJ, 3 ago. 1995. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional**. Ministério da Fazenda: Rio de Janeiro, 1954.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 5033080-78.2019.4.03.0000**. Rel. des. Marli Ferreira, 4ª Turma, votação unânime, julgado em 1 jun. 2020, DJe, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2020.

CANTO, G. de U. A aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Estudos sobre o Imposto de Renda**: em memória de Henry Tilbery. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 33–40.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHOSA, M. Imposto de Renda. Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional. *In: Revista de Direito Público*, n. 1, jul./set. 1967.

COÊLHO, S. C. N. **Curso de direito tributário brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS.

Pronunciamento técnico CPC 00 (R2): Estrutura conceitual para relatório financeiro. Aprovado em: 1 nov. 2019. Divulgado em: 10 dez. 2019. Disponível em: <http://www.cpc.org.br>. Acesso em: 14 jun. 2020.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS.

Pronunciamento técnico CPC 25 (IAS 37): Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes. Aprovado em: 26 jun. 2009. Divulgado em: 16 set. 2009. Disponível em: <http://www.cpc.org.br>. Acesso em: 5 jul. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, B. Breve exame crítico do art. 43 do CTN. *In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) Imposto de Renda: conceitos, princípios, comentários*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 95-108.

MONTEIRO, W. de B.; PINTO, A. C. de B. F. **Curso de Direito Civil**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

MURPHY, L.; NAGEL, T. **The myth of ownership: taxes and justice**. Nova York: Oxford University Press, 2002.

OLIVEIRA, R. M. de. **Fundamentos do Imposto de Renda (2020)**. São Paulo: IBDT, 2020. v. 1.

PEDREIRA, J. L. B. **Imposto sobre a renda: pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: ADCOAS JUSTEC, 1979.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

REZENDE, Antônio Martinez de; BIANCHET, Sandra Braga.
Dicionário do latim essencial. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte:
Autêntica Editora, 2014.

SANTOS, R. T. A Medida Provisória n. 806/2017 e a tributação dos rendimentos acumulados nos fundos de investimento em participações (FIP). **Revista Direito Tributário Atual**, n. 39, p. 377-413, 2018.

SCHOUERI, L. E. **Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHOUERI, L. E. O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica. *In*: MÔSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). **Controvérsias jurídico-contábeis**: (aproximações e distanciamentos). São Paulo: Dialética, 2010. p. 241-264.

TORRINHA, Francisco. **Dicionário português-latino**. 2. ed. Porto: Domingos Barreira, 1942.

VELLOSO, C. M. da S. Lei complementar tributária. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar., p. 117-138, 2004.

O DIREITO À JUSTIÇA OU O PRIVILÉGIO
DE POUCOS: A EXCLUSÃO SOCIAL PELA
LINGUAGEM JURÍDICA

Mateus Magalhães da Silva

O DIREITO À JUSTIÇA OU O PRIVILÉGIO DE POUCOS: A EXCLUSÃO SOCIAL PELA LINGUAGEM JURÍDICA*

THE RIGHT TO JUSTICE OR THE PRIVILEGE OF FEW: SOCIAL EXCLUSION THROUGH LEGAL LANGUAGE

EL DERECHO A LA JUSTICIA O EL PRIVILEGIO DE POCOS: LA EXCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DEL LENGUAJE JURÍDICO

Mateus Magalhães da Silva

Mestrando em Educação (PGEDU-UEMS). Especialista em Direito Privado pela Legale (2024). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Legale (2024). Graduado em Direito (2019-2023) pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A LINGUAGEM JURÍDICA E AS VARIAÇÕES CULTURAIS. 2 A ILUSÃO DA COMUNICAÇÃO CLARA. 3 A ILUSÃO DA NEUTRALIDADE. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O estudo investiga a linguagem jurídica como fator de exclusão social e sua relação com o acesso à justiça no Brasil, destacando os desafios impostos por sua complexidade. O objetivo é compreender os elementos que tornam essa linguagem inacessível e avaliar as consequências na comunicação entre operadores do Direito e cidadãos leigos. A pesquisa adota metodologia bibliográfica e documental, baseada na teoria de Ferdinand de Saussure, complementada por Vygotsky e Chomsky, em uma abordagem interdisciplinar que considera aspectos históricos, culturais e estruturais da linguagem. Os resultados indicam que a linguagem jurídica, marcada por termos técnicos, expressões em latim e estrutura formalista, constitui barreira ao entendimento e à participação da população nos processos judiciais, especialmente em um contexto de desigualdades sociais. Essa dificuldade limita o acesso à justiça, sobretudo para grupos vulneráveis, reforçando a exclusão social e o distanciamento entre o sistema jurídico e o cidadão comum. Conclui-se que a simplificação da linguagem jurídica é essencial para a democratização do acesso à justiça. Recomenda-se eliminar expressões em latim, adotar linguagem clara em textos legais e criar materiais explicativos acessíveis para aproximar o sistema jurídico da sociedade. Essas

*ARTIGO RECEBIDO EM 30.03.2025 E APROVADO EM 15.05.2025.

mudanças demandam esforços conjuntos entre operadores do Direito, instituições jurídicas e educacionais, além de políticas públicas voltadas à inclusão linguística. Por fim, a pesquisa destaca a necessidade de ampliar os estudos sobre o tema, incluindo abordagens práticas e quantitativas para avaliar o impacto dessas propostas em diferentes contextos regionais.

Palavras-chave: linguagem jurídica; exclusão social; acesso à justiça.

ABSTRACT

The study investigates legal language as a factor of social exclusion and its relationship with access to justice in Brazil, highlighting the challenges imposed by its complexity. The main objective is to understand the elements that make this language inaccessible and assess its consequences on communication between legal professionals and lay citizens. The research adopts a bibliographic and documental methodology, based on Ferdinand de Saussure's theory, complemented by Vygotsky and Chomsky, in an interdisciplinary approach that considers the historical, cultural, and structural aspects of language. The results indicate that legal language, characterized by technical terms, Latin expressions, and a formalistic structure, constitutes a barrier to understanding and public participation in judicial processes, especially in a context of social inequality. This difficulty further limits access to justice for vulnerable groups, reinforcing social exclusion and creating a gap between the legal system and ordinary citizens. The study concludes that simplifying legal language is essential for democratizing access to justice. It recommends eliminating Latin expressions, adopting clear language in legal texts, and creating accessible explanatory materials to bring the legal system closer to society. These changes require joint efforts from legal professionals, judicial and educational institutions, as well as public policies aimed at linguistic inclusion. Finally, the research highlights the need to expand studies on this topic, incorporating practical and quantitative approaches to assess the impact of these proposals in different regional contexts.

Keywords: legal language; social exclusion; access to justice.

RESUMEN

El estudio investiga el lenguaje jurídico como un factor de exclusión social y su relación con el acceso a la justicia en Brasil, destacando los desafíos impuestos por su complejidad. El objetivo es comprender los elementos que hacen que este lenguaje sea inaccesible y evaluar las consecuencias en la comunicación entre los operadores del Derecho y los ciudadanos legos. La investigación adopta una metodología bibliográfica y documental, basada en la teoría de Ferdinand de Saussure, complementada por Vygotsky y Chomsky, en un enfoque interdisciplinario que considera aspectos históricos, culturales y estructurales del lenguaje. Los resultados indican que el lenguaje jurídico, caracterizado por términos técnicos, expresiones en latín y una estructura formalista, constituye una barrera para la comprensión y la participación de la población en los procesos judiciales, especialmente en un contexto de desigualdades sociales. Esta dificultad limita el acceso a la justicia, principalmente para los grupos vulnerables, reforzando la exclusión social y el distanciamiento entre el sistema jurídico y el ciudadano común. Se concluye que la simplificación del lenguaje jurídico es esencial para democratizar el acceso a la justicia. Se recomienda eliminar expresiones en latín, adoptar un lenguaje claro en los textos legales y crear materiales explicativos accesibles para acercar el sistema jurídico a la sociedad. Estos cambios requieren esfuerzos conjuntos entre los operadores del Derecho, las instituciones jurídicas y educativas, además de políticas públicas orientadas a la inclusión lingüística. Finalmente, la investigación subraya la necesidad de ampliar los estudios sobre este tema, incorporando enfoques prácticos y cuantitativos para evaluar el impacto de estas propuestas en diferentes contextos regionales.

Palabras clave: lenguaje jurídico; exclusión social; acceso a la justicia.

INTRODUÇÃO

A linguagem jurídica, um elemento central na comunicação do Direito, desempenha um papel fundamental na construção e aplicação das normas jurídicas. No entanto, sua complexidade tem sido amplamente

debatida, especialmente em relação ao impacto que exerce na sociedade como um todo. Caracterizada pelo uso de termos técnicos, construções formais e uma estrutura que frequentemente privilegia o especialista em detrimento do cidadão comum, a linguagem jurídica muitas vezes se configura como um verdadeiro obstáculo para o pleno exercício da cidadania. Essa barreira linguística é particularmente problemática em um contexto como o brasileiro, onde desigualdades sociais e econômicas já restringem o acesso à justiça, agravando as dificuldades enfrentadas por amplos setores da população.

A relação entre a linguagem jurídica e o acesso à justiça é uma questão que transcende o âmbito puramente linguístico e se insere em um debate mais amplo sobre inclusão social e direitos humanos. Em um país como o Brasil, cuja Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) consagra a democratização da justiça como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a manutenção de uma linguagem inacessível perpetua desigualdades e limita a participação ativa dos cidadãos no sistema jurídico. Nesse sentido, a compreensão da linguagem jurídica vai além de uma análise técnica; ela exige uma abordagem interdisciplinar que contemple aspectos linguísticos, sociais, históricos e culturais que influenciam sua construção e aplicação.

Diante desse cenário, o presente artigo propõe-se a investigar os fundamentos linguísticos e sociais que sustentam a linguagem jurídica, buscando compreender os fatores que contribuem para sua complexidade e os impactos que ela gera no acesso à justiça. Para tanto, conceitos centrais como língua, signo, significado, significante e linguagem são analisados com base no referencial teórico de Ferdinand de Saussure, complementados por reflexões de outros autores renomados no campo da linguística e das ciências sociais. Essa base teórica permite não apenas entender a linguagem jurídica em si, mas também os contextos nos quais ela é produzida e reproduzida.

O objetivo geral desta pesquisa é examinar a linguagem jurídica como um fator de exclusão social e suas implicações para o acesso à justiça no Brasil. Especificamente, busca-se identificar as razões históricas, culturais e estruturais que perpetuam a complexidade dessa linguagem,

compreender os desafios enfrentados pelos cidadãos para decodificá-la e avaliar os impactos dessa exclusão para os mais vulneráveis. A escolha desse tema é justificada pela relevância e urgência de promover uma linguagem jurídica mais acessível e inclusiva, alinhada aos princípios democráticos e aos direitos constitucionais. Ao discutir essas questões, este artigo visa contribuir para o desenvolvimento de estratégias que possam tornar o sistema jurídico mais transparente e eficaz.

A metodologia adotada para esta pesquisa consiste em uma análise bibliográfica e documental, que abrange obras acadêmicas, artigos científicos, teses, dissertações e materiais eletrônicos disponíveis em bases de dados acessíveis pela internet. O método descritivo e interpretativo foi escolhido para garantir uma abordagem que permita explorar tanto os aspectos teóricos quanto as implicações práticas da linguagem jurídica, possibilitando uma análise abrangente e crítica sobre o tema.

O artigo está organizado em seções que apresentam uma trajetória lógica e didática para o leitor. Inicialmente, são discutidos os fundamentos teóricos relacionados à linguagem, explorando conceitos fundamentais que embasam a análise subsequente. Em seguida, aborda-se a linguagem jurídica propriamente dita, com foco em seus desafios e em seus impactos no acesso à justiça. Por fim, são apresentadas reflexões e propostas que visam à simplificação e democratização da linguagem jurídica, com o objetivo de fomentar um sistema mais acessível e inclusivo. Essa estrutura busca não apenas aprofundar a compreensão do tema, mas também oferecer subsídios teóricos e práticos para futuras discussões e ações nesse campo.

Assim, ao situar a linguagem jurídica no centro do debate sobre inclusão social e acesso à justiça, este trabalho procura não apenas ampliar a compreensão do tema, mas também estimular transformações que contribuam para a construção de um sistema jurídico mais equitativo e democrático.

1 A LINGUAGEM JURÍDICA E AS VARIAÇÕES CULTURAIS

Para a elaboração deste trabalho, foi utilizado como referencial teórico o Curso de Linguística Geral, de Ferdinand Saussure, obra considerada a principal fonte, complementada por outros autores relevantes

para a análise. A compreensão dos conceitos apresentados nesse estudo se mostra essencial, uma vez que a linguagem jurídica pode ser entendida como uma ramificação da língua, destacando-se sua importância no contexto comunicacional e social. O estudo da linguagem jurídica ajuda a entender o modo como ela influencia a comunicação entre operadores do Direito e cidadãos comuns, sendo necessária uma análise mais aprofundada sobre seus aspectos linguísticos. Assim, a obra de Saussure se torna um ponto de partida fundamental para compreender as nuances da linguagem jurídica e suas implicações no contexto social mais amplo (Saussure, 2006).

No início do século XX, Saussure propôs o estudo da linguagem no âmbito científico, definindo a língua como objeto de investigação e destacando seu caráter social e complexo. Ele enfatizou que, em cada idioma, há uma ampla variação na forma como a linguagem se manifesta, o que torna a língua um elemento dinâmico e multifacetado. Na linguística, há pelo menos duas principais correntes de pensamento. A primeira, representada pelos gerativistas, entende a língua como um fenômeno biológico, vinculado a estruturas mentais inatas. A segunda, relacionada ao pensamento estruturalista, compreende a língua como um fato social, formado e transformado pela interação coletiva. A falta de divulgação de resultados acadêmicos acessíveis para o público leigo reforça o senso comum, que frequentemente encara a tradição gramatical como a única forma legítima de ensino e aprendizado da língua. Essa visão limitada, porém, contribui para a disseminação de preconceitos linguísticos, ignorando a diversidade linguística presente no país e reforçando desigualdades sociais e educacionais (Rodrigues, 2008).

A língua exerce uma função social indispensável, ao oferecer aos indivíduos um conjunto de hábitos linguísticos que viabilizam a comunicação e a integração na sociedade. É importante lembrar que a língua é exterior ao ser humano, sendo apenas uma parte de algo maior, que é a linguagem utilizada entre os membros de uma comunidade. Nesse sentido, a língua funciona como um sistema estruturado, constituído por signos que organizam o pensamento e a comunicação entre as pessoas. Como aponta Saussure, a língua pode ser comparada a um conjunto de regras sociais compartilhadas, responsáveis por estabelecer padrões de comunicação e expressão. Assim, o estudo da língua e de suas variações é

crucial para entender como os indivíduos se comunicam e se relacionam em diferentes contextos sociais e culturais (Saussure, 2006).

Além disso, a língua pode ser entendida como uma complexa rede de signos que gera ideias compartilhadas entre os indivíduos, possibilitando a comunicação em diferentes formas e contextos. Para cada grupo social ou tipo de indivíduo, existem signos específicos que transmitem as mesmas ideias, embora a forma possa variar. Exemplos disso incluem a escrita em oposição à fala, o alfabeto dos surdos-mudos ou os sinais militares, todos capazes de expressar ideias semelhantes por meio de diferentes conjuntos de signos. Nesse cenário, a língua desempenha o papel de um sistema central, que organiza sinais no cérebro humano, funcionando como uma espécie de dicionário interno capaz de selecionar a melhor forma de comunicação em cada situação social. Esse processo é indispensável para a comunicação eficaz e para a manutenção das interações sociais cotidianas (Saussure, 2006).

A língua não é algo vazio, pois carrega consigo a história, a cultura e a experiência dos povos que a utilizam. Cada língua representa um verdadeiro patrimônio social, construído ao longo de séculos de interação entre os indivíduos. O latim, por exemplo, ainda que seja considerado por muitos uma língua “morta”, continua a ser um símbolo das tradições culturais e institucionais de Roma. Da mesma forma, o português, com mais de oito séculos de existência, possui um acervo linguístico vasto e significativo, que reflete a história e a identidade do povo que o utiliza. Preservar e valorizar essa herança linguística é essencial para garantir a continuidade de práticas culturais e sociais fundamentais para a construção da identidade coletiva (Carvalho, 2014).

A língua é um patrimônio social tão importante que, em determinados momentos históricos, houve o interesse de disseminá-la para outros territórios, como ocorreu com o povo de Roma. Com o apoio de Roma, os cartagineses conseguiram dominar a Península tanto no aspecto político-militar quanto no cultural, principalmente no que diz respeito à língua. O processo de romanização se intensificou com a abertura de escolas, a construção de estradas e templos, o incentivo ao comércio, além de outros serviços que consolidaram a presença da civilização latina na

região. Como consequência, a língua latina tornou-se indispensável e obrigatória para os povos conquistados, sendo incorporada às suas práticas diárias (Minuzzi; Fachin, 2012).

Apesar de sua importância, o latim utilizado pelos soldados romanos, conhecido como “latim vulgar”, não era o mesmo praticado pelos escritores e intelectuais da época. Esse “latim vulgar” era a forma mais simples e comum da língua, usada no dia a dia pela população. A influência linguística árabe na Península Ibérica ao longo dos sete séculos de ocupação foi significativa, contribuindo para a formação do chamado galaico-português, expressão linguística que posteriormente se consolidaria tanto na Galiza quanto em Portugal (Minuzzi; Fachin, 2012).

O Brasil, apesar de ter o português como idioma oficial, apresenta uma diversidade linguística em sua formação, resultado da influência de outros idiomas, seja por vínculos de parentesco linguístico, seja por escolhas históricas em diferentes momentos de sua construção social. A analogia com uma família ou parentesco linguístico é pertinente quando se observa a união entre línguas, como no caso das línguas indo-europeias, que foram gradativamente reconhecidas pela linguística moderna como pertencentes a uma mesma origem (Saussure, 2006).

A língua, enquanto instituição social, exerce um papel fundamental na formação das comunidades linguísticas, constituindo-se como um dos principais elementos que conectam os indivíduos e moldam suas relações sociais. Além de ser um instrumento de comunicação, a língua é um fator estruturante da cultura e das práticas sociais, influenciando não apenas a convivência entre seus falantes, mas também o ambiente cultural e social onde estão inseridos. Esse fenômeno ocorre de forma contínua e dinâmica, pois a língua não é algo fixo, mas sim uma herança cultural viva, que se transforma e se transmite de geração em geração. A cada novo uso, novas marcas linguísticas e culturais são deixadas, moldando a forma como os indivíduos se comunicam e percebem o mundo. Assim, a língua se apresenta como um componente essencial na construção das identidades individuais e coletivas, refletindo valores, crenças e ideologias que atravessam o tempo e o espaço (Bulhões, 2006).

De maneira geral, a língua é um mecanismo poderoso de conexão entre o indivíduo e a sociedade em que ele vive. Por meio dela, não apenas se estabelece a comunicação cotidiana, mas também se forjam relações que estruturam o tecido social. A linguagem possibilita a criação de vínculos, a transmissão de conhecimento e a perpetuação de tradições culturais. Ela funciona como uma ponte entre gerações, permitindo que práticas e valores sejam transmitidos e adaptados às novas realidades sociais. No entanto, a língua também pode se tornar um instrumento de poder, promovendo ou limitando a evolução social da comunidade onde está inserida, dependendo de como é utilizada. Aqueles que dominam a norma padrão, por exemplo, tendem a ter mais acesso a oportunidades educacionais e profissionais, enquanto os que dominam apenas variações linguísticas locais podem enfrentar dificuldades nesse processo (Sabbag, 2016).

O desenvolvimento de uma língua não ocorre de forma estática, mas sim em constante transformação, refletindo as mudanças sociais, culturais e históricas. À medida que o tempo passa, a língua pode sofrer alterações significativas, moldadas pela interação entre os falantes e as forças sociais que os rodeiam. Fatores como a influência de uma massa expressiva de falantes, a migração, a globalização e o contato com outras línguas são determinantes para essas transformações linguísticas. Essas mudanças são naturais e, de certo modo, inevitáveis, pois refletem a evolução das práticas comunicativas de uma sociedade que está sempre em mutação. Mesmo estruturas gramaticais tidas como fixas podem ser reconfiguradas ao longo do tempo, demonstrando a flexibilidade e a vitalidade da língua. Assim, a língua não apenas acompanha a evolução da sociedade, mas também atua como um dos motores dessa transformação, influenciando práticas culturais, formas de pensamento e dinâmicas sociais (Rodrigues, 2008).

2 A ILUSÃO DA COMUNICAÇÃO CLARA

Antes de expressar uma ideia por meio da fala, é essencial preparar-se para transmitir a mensagem de forma compreensível, levando em consideração os elementos formadores da linguagem. Nesse contexto, o signo linguístico é composto por dois componentes fundamentais que

viabilizam a comunicação. O primeiro refere-se ao conceito ou à definição de uma determinada coisa, que pode ser abstrata. O segundo é a imagem acústica do conceito, ou seja, a representação mental que surge quando alguém ouve uma palavra, como “laranja”, sendo capaz de imaginar a fruta por já tê-la visto antes. Assim, a união desses elementos permite que as ideias sejam compreendidas e que o receptor, ao conhecer o código, possa estabelecer uma relação comunicacional efetiva (Saussure, 2006).

O signo, por conter esses elementos, é considerado uma estrutura bifacial, pois reúne significado e significante. O significado refere-se à conceituação de uma palavra, termo ou ideia para que se torne compreensível, enquanto o significante corresponde à imagem evocada ao se ouvir determinada palavra. Dessa forma, o signo é compreendido como uma construção cultural que varia de sociedade para sociedade e ao longo do tempo (Bittar, 2009).

A interação entre significado e significante é tão relevante que deu origem ao conceito de “pensamento generalizante”, que consiste na capacidade do indivíduo de associar pensamentos com a fala de outra pessoa ao ouvir determinada expressão. Por exemplo, ao escutar a palavra “elefante”, uma imagem desse animal será automaticamente evocada, mesmo que a pessoa jamais tenha visto o animal pessoalmente, mas apenas em filmes ou ilustrações. Essa associação ocorre devido à vivência cultural (Vygotsky, 2001).

O significado pode ser complexo quando a associação realizada não é compreendida pelo receptor. Nessa perspectiva, interpretações literais podem gerar problemas comunicacionais, uma vez que um mesmo conceito pode ter significados distintos em contextos diferentes. Por exemplo, um estrangeiro que aprendeu português pode saber que “cachorro” é um animal peludo, mas, ao ouvir um brasileiro se referir ao outro como “cachorro” em uma discussão, pode não compreender o significado pejorativo da expressão. De maneira similar, uma pessoa leiga ao ouvir a expressão jurídica “o processo subiu” pode interpretar literalmente e imaginar um movimento físico. Esse fenômeno evidencia a relatividade do significado, especialmente em um país com a diversidade

cultural e linguística do Brasil, onde profissões, como a do Direito, utilizam terminologias específicas (Vygotsky, 2001; Silveira, 1981).

As desigualdades sociais e econômicas, somadas aos signos utilizados em cada grupo social, podem ser analisadas sob uma perspectiva marxista, que considera esses aspectos como reflexos da luta de classes. Na sociedade de classes, os valores sociais atribuídos aos signos reproduzem as contradições existentes. Contudo, como a linguagem funciona como meio de comunicação entre diferentes grupos, não há uma coincidência absoluta entre classe social e comunidade semiótica. Nesse sentido, os signos se tornam uma arena de confronto ideológico, onde se manifesta a luta de classes. Apesar das tentativas da classe dominante de preservar valores antigos como verdades incontestáveis, a evolução dos signos decorre justamente desse confronto (Silveira, 1981).

O símbolo linguístico, composto pelo significado e pelo significante, possui uma característica fundamental: sua arbitrariedade. Esse aspecto pode ser exemplificado pela imagem da estátua de Themis, a Deusa da Justiça, que simboliza diversos conceitos relacionados ao sistema judiciário. O pano cobrindo seus olhos indica a necessidade de imparcialidade por parte do juiz, enquanto a espada representa a força que pode ser necessária para a aplicação da justiça. Além de ser arbitrário, o símbolo é também imotivado, visto que não é possível substituir o significado do significante por algo aleatório, como um carro. Quando se utiliza a expressão “estátua da justiça”, não se concebe a imagem de um automóvel, evidenciando a impossibilidade de substituição direta entre determinados símbolos (Saussure, 2006).

A interação entre significado e significante pode resultar no fenômeno conhecido como “pluralidade de um deles”, que ocorre quando um único significante pode assumir múltiplos significados. Isso gera a existência de palavras parônimas, ou seja, termos com grafias e pronúncias semelhantes, mas significados distintos. Exemplos práticos desse fenômeno são as palavras “deferimento”, que se refere à concessão de um pedido, e “diferimento”, que denota adiamento. Essa pluralidade pode causar confusões significativas, especialmente em contextos formais e técnicos (Araujo Junior, 2018).

Os signos estabelecidos pelos indivíduos em uma sociedade dependem de uma aceitação coletiva para funcionarem de maneira eficiente. Entretanto, questiona-se se essa aceitação ocorre de forma consciente ou se é imposta, especialmente quando se trata de signos especializados, como os utilizados no campo jurídico. Os significados, enquanto conjuntos simbólicos, precisam estar intimamente ligados aos eventos sociais do contexto em que se inserem, às situações concretas e à vida pública. Quando esses signos são desconectados das experiências sociais cotidianas, podem perder sua funcionalidade prática (Palagi, 2001).

No Brasil, é possível observar expressões linguísticas que possuem significados comuns, resultado direto do processo histórico de formação cultural diversificada. Com a chegada de pessoas de diferentes partes do mundo, certas expressões passaram a ser percebidas quase como códigos estrangeiros. O falante dessas expressões encontra, desde o nascimento, associações linguísticas já estabelecidas, sem a necessidade de questionar por que determinados termos, como “cachorro” ou “camionete”, são utilizados. Tal questionamento, caso ocorra, dificilmente resultaria em uma mudança no signo, mas poderia proporcionar um maior entendimento sobre a história da língua e suas construções (Rodrigues, 2008).

O signo, formado pelo significante e significado, representa uma estrutura que só pode ser compartilhada entre pessoas de diferentes culturas se houver um ponto comum de referência. Por exemplo, um chinês e um alemão podem compreender o signo relacionado à palavra “maçã” apenas se ambos conhecerem visualmente essa fruta. Isso ocorre porque o signo é validado socialmente a partir de experiências compartilhadas. Esse processo natural leva à cristalização das ações, tornando-as signos sedimentados. Quando uma sociedade partilha dessas ações e as valida, conferem-lhes grande significado, o que limita as possibilidades de inovação e torna os hábitos estáveis, dispensando a necessidade de constantes tomadas de decisão, o que pode empobrecer o dinamismo cultural (Palagi, 2001).

O hábito de uso linguístico específico pode gerar barreiras comunicacionais quando há um interlocutor que não compreende o significado atribuído a determinados signos. Nessas situações, a comunicação se torna ineficaz, pois a troca de informações depende

de referenciais comuns. Ainda assim, existem signos que são quase universalmente reconhecidos, mesmo entre pessoas com culturas distintas. Um exemplo claro disso é a simbologia associada à Justiça, ao Poder Judiciário, aos juízes e sacerdotes, cujas vestimentas frequentemente evocam um senso de autoridade e superioridade, características que são percebidas por grande parte das pessoas, mesmo sem uma explicação detalhada (Miranda, 2015).

A compreensão adequada de um signo depende diretamente do contexto sistêmico em que ele está inserido, ou seja, de seu posicionamento dentro do conjunto de signos que compõem determinada linguagem. Para que os signos tenham sentido, é fundamental estudar a linguagem em sua totalidade. Somente por meio dessa análise abrangente é possível compreender as relações entre significante e significado, o que garante o entendimento efetivo da comunicação linguística (Soltes, 2014).

3 A ILUSÃO DA NEUTRALIDADE

A fala pode ser entendida como uma manifestação singular de cada indivíduo, representando sua vontade em expressar conhecimentos, percepções e experiências acumuladas ao longo da vida. Para que essa manifestação ocorra de forma efetiva, torna-se imprescindível a atuação de um complexo mecanismo psicofísico, que envolve tanto aspectos sensoriais subjetivos quanto elementos físicos perceptíveis. Esse processo permite que o sujeito relacione suas sensações internas com estímulos externos, materializando o pensamento em palavras. A fala, portanto, é o meio pelo qual o ser humano transforma suas abstrações em algo comunicável, utilizando o código linguístico para organizar e compartilhar seus pensamentos. Esse ato não se limita à simples reprodução de palavras, mas exige um trabalho mental contínuo, no qual o falante seleciona e articula os termos mais adequados para transmitir suas ideias de maneira clara e compreensível (Saussure, 2006).

Compreender os conceitos de signo, significado e significante é essencial para compreender a dinâmica da linguagem. A partir dessa base teórica, pode-se afirmar que muitos signos são considerados arbitrários e

imotivados, ou seja, não possuem uma relação direta ou lógica entre o significante e o significado. Por esse motivo, os falantes tendem a reproduzir os signos com base nos conceitos previamente estabelecidos e consolidados no tecido social. Essa cristalização linguística, entretanto, não é fixa nem imutável, visto que as variações linguísticas desempenham um papel fundamental na forma como os signos são reproduzidos e reinterpretados ao longo do tempo. A reprodução de signos pode, portanto, apresentar diferenças significativas dependendo do contexto, do grupo social e das experiências individuais dos falantes, refletindo a riqueza e a dinamicidade das práticas linguísticas (Saussure, 2006).

A fala, ainda que seja um ato individual, está intimamente vinculada ao ambiente em que o indivíduo se encontra e ao grupo social ao qual pertence. Essa relação direta com o contexto é responsável por influenciar tanto o conteúdo quanto a forma do discurso. O modo como uma pessoa dialoga e seleciona suas palavras pode variar conforme o cenário em que está inserida, bem como de acordo com o tema da conversa e as expectativas sociais envolvidas. Assim, é comum que uma linguagem formal e técnica seja adotada em situações específicas, como em declarações formais para concursos públicos, enquanto uma comunicação mais afetiva e descontraída seja utilizada em contextos de intimidade, como em declarações de amor ou amizade. Essa flexibilidade na escolha das palavras demonstra a capacidade dos falantes em adaptar a linguagem às demandas de cada situação, tornando a comunicação mais eficiente e adequada (Damião; Henriques, 2000).

Para que a fala seja eficaz, é necessário que o usuário da língua escolha cuidadosamente as palavras que comporão seu discurso, organizando-as de maneira lógica e coerente. Apenas após essa seleção consciente é possível estabelecer relações semânticas entre os termos, garantindo que o enunciado tenha sentido e possa ser compreendido pelo interlocutor. Esse processo exige uma habilidade cognitiva complexa, na qual o falante acessa inúmeras associações mentais para construir uma mensagem clara e coesa. Um exemplo prático desse fenômeno ocorre quando alguém diz “eu fui ao Rio de Janeiro”. Nesse caso, o falante precisa acionar um conjunto de referências linguísticas e cognitivas para selecionar os termos mais adequados e formar uma sentença compreensível,

permitindo que o interlocutor entenda não apenas o destino da viagem, mas também o propósito implícito da fala (Rodrigues, 2008).

A compreensão efetiva do uso da fala exige que o falante leve em consideração o ambiente em que se encontra e o perfil do interlocutor. Quando essa atenção não é dada, há um risco significativo de que a comunicação se torne ineficaz, com palavras que não passam de sons vazios para o receptor. Em situações em que o interlocutor não compreende o que é dito, a fala perde seu valor como instrumento de interação social. É nesse contexto que se percebe a importância de adaptar a linguagem às diferentes circunstâncias sociais e ao público destinatário. A fala carrega consigo um conjunto de elementos culturais, sociais e históricos que refletem o contexto do sujeito, suas crenças e suas vivências. Assim, compreender essa dimensão torna-se essencial para uma comunicação eficaz, pois “[...] a palavra traz consigo as relações sociais, as crenças, as verdades, a história e a cultura do contexto do sujeito [...]”, exigindo atenção constante ao contexto em que se fala e ao receptor a quem a fala se destina (Montano, 2007, p. 26; Araújo, 2001; Vygotsky, 2001).

Historicamente, pode-se afirmar que a fala precedeu a língua entre os seres humanos, configurando-se como um marco essencial para o desenvolvimento da comunicação. Embora ambas estejam profundamente interligadas, a evolução da língua demandou mais do que a simples articulação de sons; foi necessário que os indivíduos não apenas falassem, mas também escutassem seu próprio grupo e outros grupos sociais, com o propósito de estabelecer consensos linguísticos. Dessa forma, a consolidação de uma língua em um território específico envolveu uma construção coletiva que resultou na criação de um sistema linguístico inteligível. A língua, portanto, apresenta-se como uma ferramenta indispensável para que a fala alcance seu objetivo primordial, que é a produção de uma comunicação compreensível (Saussure, 2006).

A língua é um fenômeno primariamente social, visto que sua existência não depende de um sujeito em particular. Diferentemente, a fala é uma manifestação secundária e individual, sendo única a cada falante. A junção entre língua e fala resulta na construção da linguagem, que representa um patrimônio cultural e comunicacional de um grupo social

específico. Enquanto a língua se configura como um ato psíquico coletivo, a fala reflete a subjetividade de cada indivíduo, tornando-se uma forma particular de expressão linguística. Essa interação dinâmica entre a língua e a fala é fundamental para a formação e perpetuação de uma linguagem compreensível e compartilhada por uma sociedade (Saussure, 2006).

A individualidade da fala é uma de suas características mais marcantes, tornando-a impossível de ser sistematizada por completo. Cada indivíduo apresenta uma maneira singular de se expressar, o que inviabiliza a criação de fórmulas padronizadas para a fala. Contudo, os fatos linguísticos sociais, por serem mais homogêneos, permitem a formulação de sistemas organizados. A complexidade da fala reside na íntima conexão entre seus elementos constitutivos e a faculdade da linguagem, que envolve tanto a virtualidade da língua quanto a realidade da fala. Essa interdependência mostra que a exploração da linguagem está intrinsecamente ligada à interação contínua entre língua e fala (Carvalho, 2014).

Ao compreender que a língua é um fenômeno social e a fala uma manifestação individual, conclui-se que a língua assume papel essencial na sociedade, enquanto a fala se apresenta como um elemento acessório, ainda que relevante para a comunicação. A transitoriedade da fala leva à priorização da língua, que constitui um sistema estável de signos e regras. Esse sistema organizado permite a construção de significados compartilhados, sendo fundamental para a manutenção da coesão comunicacional em diferentes contextos sociais. Assim, a língua configura-se como um resultado sistemático e estruturado da comunicação humana, sustentando-se como um elemento central na interação social (Montano, 2007; Saussure, 2006).

Há, entretanto, linguistas que defendem que as mudanças na língua ocorrem a partir do uso reiterado e socializado da fala por indivíduos. A validação dessas mudanças, contudo, depende da coletividade, que precisa incorporá-las ao arcabouço linguístico vigente. Esse processo de transformação permite que elementos ainda não considerados signos possam adquirir novos significados e significantes, tornando-se parte integrante do sistema linguístico. Essas mudanças estão diretamente relacionadas à dinâmica social e à interação entre língua e fala. O desenvolvimento de

novas gerações em uma sociedade contribui para essa transformação, pois cada geração traz consigo novos signos que refletem suas realidades sociais. O contexto histórico e os fatores políticos e culturais desempenham um papel determinante na seleção dos dialetos e das formas linguísticas que se consolidam em uma nação (Bittar, 2009; Saussure, 2006).

A complexidade da comunicação linguística aumenta consideravelmente quando ocorrem migrações de populações oriundas de diferentes regiões do mundo. Esse fenômeno provoca movimentos contínuos ao longo dos séculos, que muitas vezes confundem ou até apagam memórias das transições linguísticas. Um exemplo disso pode ser encontrado na família de línguas indo-europeias, cujas relações íntimas entre os idiomas formaram uma vasta rede familiar linguística. O conceito de “convenção” nesse contexto sugere que, em algum momento, houve diálogo entre os membros de determinada sociedade para a escolha de dialetos específicos. Contudo, nem sempre a escolha desses dialetos ocorre por consenso; em diversas ocasiões, é imposta pela força política, muitas vezes sem qualquer processo democrático, o que pode limitar a participação dos falantes na formação linguística de sua sociedade (Saussure, 2006).

Embora seja amplamente aceito que a fala se submete à língua, também há um entendimento de que, por meio do uso contínuo de ambas, é possível alterar o signo, seja de forma convencional, seja arbitrária. Nesse contexto, a fala, quando usada como um instrumento acessório, tem como principal função alterar a fonética ou o som da língua, mas não se destina a modificar sua imagem acústica. Dessa forma, enquanto a língua mantém sua estrutura sistemática, a fala permite variações pontuais que, no entanto, não comprometem a essência acústica do sistema linguístico estabelecido (Coelho; Lima, 2015).

A linguagem, conforme se compreende a partir do estudo de linguística, pode ser definida como a união de palavras e métodos de combinação utilizados por comunidades humanas. Sua função é permitir a expressão de ideias e sentimentos de maneira sistemática, valendo-se de uma ampla variedade de recursos, que incluem marcas, sinais, códigos e gestos previamente convencionados pelo grupo comunicacional. Esse sistema complexo de significações é fundamental para a interação social,

pois estabelece os parâmetros pelos quais a comunicação se torna possível em uma sociedade organizada (Minuzzi; Fachin, 2012).

A capacidade de utilizar a linguagem é exclusiva do ser humano e se manifesta desde o nascimento. Ao longo do desenvolvimento humano, essa habilidade vai sendo refinada e adaptada, tornando-se uma língua específica com signos e normas que viabilizam a comunicação. A linguagem, nesse sentido, apresenta múltiplas dimensões, abrangendo aspectos físicos, fisiológicos, psíquicos, individuais e sociais. Essa complexidade permite que a linguagem não apenas possibilite a comunicação, mas também reflita as particularidades culturais e sociais dos grupos em que os indivíduos estão inseridos (Saussure, 2006).

Desde o nascimento, o ser humano aprende naturalmente os procedimentos linguísticos necessários para a comunicação com seus semelhantes. Isso ocorre porque, como ouvinte, a criança assimila o mecanismo de agrupamento de palavras e expressões linguísticas, desenvolvendo a habilidade de produzir uma comunicação eficaz. Esse aprendizado linguístico está diretamente relacionado ao desenvolvimento do pensamento intelectual e cognitivo, que permite à linguagem cumprir sua função primordial de estabelecer relações comunicacionais. Quando o receptor não consegue decifrar os signos linguísticos transmitidos, ocorrem prejuízos para ambos os lados: tanto para quem não compreendeu a mensagem, quanto para quem falhou em emití-la de forma clara e eficiente (Chomsky, 2006; Vygotsky, 2001).

É evidente que existem diferentes linguagens apropriadas para cada situação comunicacional, sendo essencial adaptar o discurso para aproximar os falantes. No contexto de prestação de serviços à sociedade, recomenda-se o uso de uma linguagem acessível e compreensível a todos. Isso não implica abandonar as normas estabelecidas pelo Acordo Ortográfico, instituído pelo Decreto n.º 6.583, de 2008, que resulta de uma convenção internacional para padronizar a língua (Minuzzi; Fachin, 2012).

Não é adequado utilizar a mesma linguagem para todas as pessoas em diferentes contextos comunicacionais. Antes de iniciar o processo de

comunicação, é fundamental identificar o perfil do receptor, pois pode ser necessário recorrer a uma linguagem mais informal. Exemplos disso são interações com amigos, familiares e crianças. Da mesma forma, o vocabulário empregado ao discursar perante um juiz não precisa ser o mesmo utilizado para comunicar-se com clientes na advocacia. Pensar estrategicamente sobre essas escolhas contribui para uma comunicação mais eficaz, evitando que a mensagem seja ineficaz por falta de familiaridade do receptor com a linguagem empregada (Minuzzi; Fachin, 2012).

A linguagem não é um fenômeno estático, pois sofre constantes mutações em função do uso pelos falantes ao longo do tempo e em diferentes situações. Nesse sentido, observa-se que, a cada momento, a linguagem reflete um sistema estabelecido e, simultaneamente, um produto do passado. A relação entre essas duas dimensões, embora complexa, é tão íntima que se torna difícil separá-las (Saussure, 2006).

Partindo do entendimento de que a linguagem se transforma ao longo do tempo, a teoria do estruturalismo já demonstrou que não há cultura, pensamento ou personalidade dos sujeitos sem a presença da linguagem. A comunicação entre os indivíduos permite a troca simbólica, essencial para gerar e manter relações sociais, podendo até interrompê-las quando não há entendimento mútuo. A linguagem também possibilita a formulação de pensamentos abstratos e a conceituação de coisas e situações, revelando-se fundamental para a construção do conhecimento (Araújo, 2001).

A linguagem pode ser compreendida como um instituto que não oferece tradução automática das coisas, pois seu significado depende de uma série de fatores contextuais e culturais. Nesse sentido, o significado de um signo linguístico em uma determinada linguagem pode não corresponder ao mesmo em outra. De forma racional, a linguagem é pública e, quando empregada em serviço da sociedade, deve não apenas ser pública, mas também acessível ao público ouvinte. Esse aspecto é relevante, considerando que muitos problemas filosóficos têm origem no uso inadequado da linguagem (Araújo, 2001).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo principal investigar os impactos da linguagem jurídica na promoção do efetivo acesso à justiça, identificando como sua complexidade pode dificultar a comunicação entre os operadores do Direito e os cidadãos leigos. Ao longo do trabalho, foi possível confirmar que a linguagem jurídica, caracterizada por termos técnicos, expressões latinas e uma estrutura formalista, configura-se como uma barreira ao entendimento e à participação ativa da população nos processos judiciais. Essa problemática é ainda mais acentuada em contextos marcados por desigualdades sociais e econômicas, nos quais o conhecimento jurídico não está ao alcance de todos.

Ao retomar os objetivos propostos, constata-se que o estudo alcançou suas metas de analisar os elementos que tornam a linguagem jurídica inacessível e compreender seus efeitos sobre o acesso à justiça. Foi possível mapear que, embora a linguagem jurídica seja essencial para a formalização das normas e decisões judiciais, ela também contribui para a exclusão de muitos indivíduos, especialmente daqueles com baixa escolaridade ou recursos limitados. Os resultados confirmam a hipótese inicial de que o juridiquês, além de criar um abismo comunicacional, também reforça as desigualdades sociais, distanciando ainda mais o cidadão comum do sistema jurídico.

A discussão dos dados obtidos revela que o juridiquês não é apenas uma questão de forma, mas de função social. As decisões judiciais e os textos legais, ao utilizarem uma linguagem pouco acessível, acabam servindo a uma elite jurídica, em detrimento do público que deveria ser seu principal destinatário. Essa desconexão gera não apenas incompreensão, mas também desconfiança e alienação, desmotivando os cidadãos a buscar seus direitos no sistema judicial. A análise demonstrou que, enquanto alguns esforços para simplificar a linguagem já foram implementados, ainda há muito a ser feito para que tais iniciativas se tornem efetivas e abrangentes.

Como resposta ao problema de pesquisa, concluiu-se que a simplificação da linguagem jurídica é uma medida urgente e necessária para a democratização do acesso à justiça. Propostas como o uso de linguagem

simples nas decisões judiciais, a eliminação de expressões em latim e a criação de materiais explicativos acessíveis são passos fundamentais para aproximar o sistema jurídico da população. Contudo, reconhece-se que essas mudanças requerem mais do que vontade política; demandam um compromisso coletivo de operadores do Direito, instituições jurídicas e acadêmicas.

A pesquisa, embora tenha alcançado seus objetivos, apresentou algumas limitações importantes. A ausência de dados quantitativos de alcance nacional restringiu a generalização das conclusões para o Brasil como um todo. Além disso, o estudo focou-se predominantemente na análise de textos e entrevistas, sem abordar a aplicação prática de iniciativas já existentes em diferentes contextos regionais. Essas limitações indicam a necessidade de aprofundar a investigação em pesquisas futuras.

Recomenda-se que estudos posteriores ampliem o escopo da análise, envolvendo maior diversidade de participantes e contemplando diferentes regiões do Brasil. Também seria relevante avaliar o impacto de políticas públicas voltadas à acessibilidade linguística no sistema judicial, além de explorar o papel da educação jurídica na formação de profissionais mais conscientes sobre a necessidade de simplificar a comunicação.

A relevância acadêmica e científica deste trabalho reside em sua contribuição para o campo interdisciplinar que envolve linguística, direito e inclusão social. Ao abordar a linguagem jurídica como um obstáculo ao acesso à justiça, o estudo reforça a urgência de transformações no sistema jurídico brasileiro. O próximo passo deve ser a criação de espaços de diálogo entre academia, instituições jurídicas e sociedade civil, com o objetivo de promover a acessibilidade da linguagem jurídica e, conseqüentemente, a cidadania plena no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, Cláudio Gomes de. **O conservadorismo achacoso da linguagem jurídica**. 2018. 87 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3523/5/Claudio%20Gomes%20de%20Araujo%20Junior.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Linguagem e realidade: do signo ao discurso.** 2001. 239 f. Tese (Doutorado em Letras) - Curso de Letras, Departamento de Letras Clássicas e Vernáculas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. Cap. 1. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/27896/T%20-%20INES%20LACERDA%20ARAUJO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jan. 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULHÕES, Eliane Simões Pereira. **Estudo vocabular de petições jurídicas: ornamentação e rebuscamento.** 2006. 244 f. Dissertação (Mestrado em Linguística e Língua Portuguesa) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, 2006. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93863/bulhoes_esp_me_arafcl.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 out. 2021.

CARVALHO, Castelar de. Saussure e a língua portuguesa. **Matraga - Revista do Programa de Pós-Graduação em Letras da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 34, p. 13-24, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/matraga/article/view/17503/12894>. Acesso em: 12 jan. 2022.

CHOMSKY, Noam. **Sobre a natureza da linguagem.** Tradução: Marylene Pinto Michael. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

COELHO, Micaela Pafume; LIMA, Thayanne Raísa Silva e. Língua, linguagem e fala na “Teoria do Valor” de Ferdinand de Saussure. **Revista Estudos Linguísticos**, [S.l.], v. 43, n. 1, p. 347-357, 2015. Disponível em: <https://revistas.gel.org.br/estudos-linguisticos/article/view/443>. Acesso em: 12 jan. 2022.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. **Curso de Português Jurídico.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GOULART, Iris Barbosa. **Experiências básicas para utilização pelo professor.** Vozes, Petrópolis/RJ, 2011.

MINUZZI, Crislaine; FACHIN, Paulo Cesar. Estudo sobre língua e linguagem: considerações. **NetSaber**, [s.l.], 2012. Disponível em: http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_63471/artigo_sobre_estudo_sobre-lingua-elinguagem--consideracoes. Acesso em: 9 jan. 2022

MIRANDA, Kleyvson José de. **A linguagem jurídica como ferramenta de acesso à justiça**. Recife, 2015. 72 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Direito. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/548/1/kleyvson_jose_miranda.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.

MONTANO, Elza Eliana Lisbôa. **A presença do outro: um viés linguístico-discursivo na linguagem jurídica**. Porto Alegre, 2007. 151 f. Tese (Doutorado em Teorias do Texto e do Discurso) - Programa de Pós-Graduação em Estudos da Linguagem. Instituto de Letras da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/16222/000694779.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 fev. 2021.

PALAGI, Ana Maria Marques. **Linguagem jurídica, comunicação e cultura: o caso do direito de família no Brasil**. 2001. 82 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/4954/1/Ana%20Maria%20Marques%20Palagi.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

RODRIGUES, Rômulo da Silva Vargas. Saussure e a definição da língua como objeto de estudos. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem - ReVEL**. Edição especial n. 2, 2008. Disponível em: http://www.revel.inf.br/files/artigos/revel_esp_2_saussure_e_a_definicao_de_lingua.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **O Direito e a mídia jornalística: a existência de uma linguagem técnico-jurídica popular no Diário de S. Paulo**. 2016. 174 f. Tese (Doutorado em Língua Portuguesa) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/14376/1/Eduardo%20de%20Moraes%20Sabbag.pdf>. Acesso em: 8 de fev. 2021.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4622783/mod_resource/content/1/Saussure16CursoDeLinguisticaGeral.pdf. Acesso em: 6 jan. 2022.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. A produção social da linguagem: uma leitura do texto de Mikhail Bakhtin (V. N. Volochinov), Marxismo e filosofia da linguagem. **Trans/Form/Ação**. Universidade Estadual Paulista, Departamento de Filosofia, v. 4, p. 15-39, 1981. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/28182>. Acesso em: 3 abr. 2022.

SOLTES, Vania; RAUPP, Eliane Santos. **A intencionalidade na propaganda publicitária.** 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Letras Português/Espanhol) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná, 2014. Disponível em: <http://ri.uepg.br:8080/monografias/handle/123456789/51>. Acesso em: 12 jan. 2022.

VYGOTSKY, Lev Semenovich. **A construção do pensamento e da linguagem.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2477794/mod_resource/content/1/A%20construcao%20do%20pensamento%20e%20da%20linguagem.pdf. Acesso em: 8 fev. 2021.

ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ITALIANO:
UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO

Matheus Tauan Volpi
Murilo Alan Volpi

ESTADO DE NECESSIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO, PORTUGUÊS E ITALIANO: UMA ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO*

NECESSITY DEFENSE IN BRAZILIAN, PORTUGUESE AND ITALIAN CRIMINAL LAW: AN ANALYSIS OF COMPARATIVE LAW

Matheus Tauan Volpi

Doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre e Especialista em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Professor. Já foi advogado, analista jurídico do Ministério Público (MP/SP) e Delegado de Polícia (PC/MG). Atualmente, é Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

Murilo Alan Volpi

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). Já foi Advogado, Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) e Delegado de Polícia no Estado de Minas Gerais (PC/MG). Atualmente, é Promotor de Justiça no Estado do Paraná (MP/PR). Professor na Universidade Cesumar (UNICESUMAR).

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITO COMPARADO APLICADO AO ESTUDO DO ESTADO DE NECESSIDADE. 1.1 RELEVÂNCIA METODOLÓGICA DO DIREITO COMPARADO NA ANÁLISE DO ESTADO DE NECESSIDADE. 1.2 DO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO APLICADO AO PRESENTE ESTUDO. 1.3 DA JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DOS ORDENAMENTOS COMPARADOS. 2 EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ESTADO DE NECESSIDADE. 3 ADOÇÃO DA TEORIA UNITÁRIA OU DIFERENCIADORA. 3.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS TEORIAS. 3.2 ANÁLISE COMPARATIVA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS. 3.3 AVALIAÇÃO CRÍTICA DAS TEORIAS. 4 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE. 4.1 REQUISITOS COMUNS AOS TRÊS ORDENAMENTOS E PECULIARIDADES. 4.2 DAS PECULIARIDADES DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS E DA SUA RELEVÂNCIA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

Campo de estudo: Direito Penal. O objetivo deste artigo é analisar o estado de necessidade sob a perspectiva do Direito Comparado. Por meio do exame da bibliografia específica escrita sobre o tema, nacional e internacional, e utilizando preponderantemente os métodos indutivo, dedutivo, dialético e dialógico, comparou-se a disciplina do estado de necessidade nos ordenamentos brasileiro, português e italiano quanto aos

seguintes aspectos: (i) existência de previsão legal expressa do instituto, (ii) adoção da teoria unitária ou diferenciadora e (iii) requisitos do estado de necessidade. Como resultado, identificou-se que, no ordenamento dos três países, o instituto do estado de necessidade é expressamente previsto em lei. Verificou-se, por outro lado, que, no tocante à teoria acolhida, o Código Penal português adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, enquanto o Código Penal brasileiro e a lei penal italiana optam por um tratamento unitário. Por fim, quanto aos requisitos do estado de necessidade, identificou-se que os requisitos são similares nos três ordenamentos, salvo quanto ao requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português. Concluiu-se, ao final, que a análise do Direito Comparado permite melhor compreender o tratamento do estado de necessidade no Brasil e que a adoção da teoria diferenciadora no texto positivo revelase mais adequada, porquanto torna a regra clara e objetiva, evitando a necessidade de tratamento de situações complexas mediante recursos à doutrina e à jurisprudência.

Palavras-chave: direito comparado; estado de necessidade; teoria unitária; teoria diferenciadora.

ABSTRACT

Field of study: Criminal Law. The purpose of this article is to analyze the Necessity Defense from the perspective of Comparative Law. By examining the specific bibliography written on the topic, nationally and internationally, and using predominantly the inductive, deductive, dialectical and dialogical methods, the discipline of the Necessity Defense in the Brazilian, Portuguese and Italian systems was compared regarding the following aspects: (i) existence of an express legal provision by the institute, (ii) adoption of the unitary or differentiating theory and (iii) requirements of the Necessity Defense. As a result, it was identified that, in the order of the three countries, the institute of the Necessity Defense is expressly provided for by law. On the other hand, it was found that, with regard to the accepted theory, the Portuguese Penal Code expressly adopts

the differentiating theory of the Necessity Defense, while the Brazilian Penal Code and the Italian penal law opt for a unitary treatment. As for the requirements of the Necessity Defense, it was identified that the requirements are similar in the three orders, except for the requirement that the threatened property should not be sacrificed, whose treatment is different under Portuguese law. Finally, it was concluded that the analysis of Comparative Law allows a better understanding of the treatment of the necessity defense in Brazil and that the adoption of the differentiating theory in positive law proves to be more adequate, as it makes the rule clear and objective, avoiding the need to address complex situations through recourse to doctrine and jurisprudence.

Keywords: comparative law. necessity defense. unitary theory. differentiating theory.

INTRODUÇÃO

No estudo do estado de necessidade, com os canonistas e jusnaturalistas, analisando-se situações limite como a do furto praticado sob o império da fome e do frio, consolidou-se a máxima de que nenhuma boa intenção autoriza a pecar (*son sunt facienda mala ut eveniant bona*). Posteriormente, contudo, com os juristas laicos, buscou-se uma solução ampla para as diversas hipóteses de estado de necessidade, inclusive a do furto famélico. Com efeito, construiu-se uma teoria erigida sob a máxima de que a necessidade carece de lei (*necessitas caret lege*) e que ela faz justo o que de direito não é lícito (*quod non est licitum in lege, necessitas licitum facit*) (Prado, 2019, p. 560).

Nos mais variados ordenamentos, o tratamento do estado de necessidade tem sido diverso. Dessa forma, a fim de melhor compreender o tratamento dado ao estado de necessidade pelo ordenamento brasileiro, este artigo pretende realizar uma análise abrangente do estado de necessidade a partir do Direito Comparado. Foram analisados os ordenamentos brasileiro, português e italiano, comparando a disciplina do estado de necessidade nos seguintes aspectos: (i) existência ou não de previsão legal

expressa, (ii) adoção da teoria unitária ou diferenciadora e (iii) requisitos do estado de necessidade.

Para tanto, o artigo foi dividido em quatro partes. Inicialmente, o artigo analisa o conceito, a função e o método do Direito Comparado, apresentando as balizas teóricas para sua aplicação ao presente trabalho.

Em seguida, inicia-se a comparação entre os ordenamentos jurídicos. Confrontou-se, inicialmente, os ordenamentos quanto à existência de previsão legal do estado de necessidade. Em seguida, cotejou-se os ordenamentos para verificar se foi adotada a teoria unitária ou diferenciadora do estado de necessidade nos ordenamentos comparados. Ato contínuo, fez-se uma análise dos requisitos do estado de necessidade em cada ordenamento.

Por fim, concluiu-se que a comparação dos ordenamentos permite melhor compreender a disciplina do estado de necessidade no ordenamento brasileiro, apontando-se a melhor adequação da opção do ordenamento português.

1 DIREITO COMPARADO APLICADO AO ESTUDO DO ESTADO DE NECESSIDADE

1.1 RELEVÂNCIA METODOLÓGICA DO DIREITO COMPARADO NA ANÁLISE DO ESTADO DE NECESSIDADE

O Direito Comparado é disciplina autônoma, que se ocupa de um conjunto de problemas afins, abordando o Direito a partir de uma perspectiva *sui generis*, com metodologia própria (Duarte, 2006, p. 782). Trata-se de disciplina com autonomia científica (Coelho, 1972, p. 264), que existe em razão da grande diversidade entre os ordenamentos jurídicos, marcados por regras jurídicas diversas, com sentidos distintos, bem como múltiplas formas e procedimentos de criação e expressão das normas jurídicas (Coelho, 1972, p. 266). Revela-se instrumento fundamental para a compreensão científica do estado de necessidade.

O Direito Comparado realiza o cotejo entre ordens jurídicas diversas. Trata-se de análise abrangente, por meio da qual se faz o

confronto metodologicamente adequado de sistemas jurídicos diversos, com o registro das suas diferenças e semelhanças. Especificamente para o estado de necessidade, o Direito Comparado desempenha função essencial de revelar as diferentes concepções dogmáticas sobre a natureza jurídica do instituto, permitindo avaliar criticamente as opções legislativas brasileiras. A comparação entre os institutos permite avaliar se as soluções adotadas pelo direito brasileiro são as mais adequadas ou se precisam de aperfeiçoamento.

A comparação pode recair sobre os ordenamentos jurídicos como um todo (**macro comparação**) ou sobre institutos e problemas jurídicos específicos (**micro comparação**). De qualquer modo, ainda que recaia sobre um instituto específico, o Direito Comparado avalia o contexto em que os institutos jurídicos se inserem, a fim de tornar viável o adequado cotejo dos institutos (Duarte, 2006, p. 772).

Quanto ao objeto, existem o Direito Comparado histórico e o Direito Comparado dogmático. Direito Comparado histórico é que compara ordenamentos jurídicos do passado entre si ou ordenamentos jurídicos do passado e atuais. Trata-se de uma espécie de História do Direito. Por outro lado, Direito Comparado dogmático é o que tem por objeto ordenamentos jurídicos atuais (Coelho, 1972, p. 265).

Por fim, o Direito Comparado pode ser puro ou aplicado. O Direito Comparado puro tem objetivos predominantemente técnico-científicos. Por sua vez, o Direito Comparado aplicado tem um objetivo técnico-prático, como a elaboração de um projeto de lei (Coelho, 1972, p. 265).

O Direito Comparado desempenha inúmeras funções importantes. De início, a comparação permite conhecer melhor o direito próprio, tornando mais facilmente compreendida a solução adotada pelos ordenamentos jurídicos analisados. Ex.: critério legal na lei dos crimes hediondos. Além disso, o Direito Comparado estimula a reflexão ao destruir o caráter falsamente absoluto de algumas figuras de determinado ordenamento, evidenciando que, em outros lugares, a disciplina jurídica é diversa (Duarte, 2006, p. 776).

O Direito Comparado, ainda, é utilizado para reunir elementos capazes de subsidiar uma proposta legislativa. Utiliza-se, também, o Direito Comparado para demonstrar a forma como se exerce o poder em determinado país. Por fim, o Direito Comparado atua como elemento de universalização do Direito (Coelho, 1972, p. 261). Enquanto na matemática, física, medicina, sociologia, economia, um profissional se sente facilmente apto a atuar em outro país diverso do seu, no Direito não é sempre assim. Em razão das grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos, tem-se, na prática, compartimentos separados pelas fronteiras políticas dos Estados. Nesse contexto, o Direito Comparado tem como objetivo tornar a ciência jurídica tão universal quanto as demais ciências (Coelho, 1972, p. 263).

Em síntese, o Direito Comparado é um instrumento utilizado para as mais variadas finalidades, de forma que o Direito moderno não pode dele prescindir (Castro, 2018). Para a análise do instituto do estado de necessidade, objeto do presente artigo, é fundamental, já que será capaz de elucidar as diferenças de tratamento do instituto e avaliar a forma de tratamento adotada no ordenamento pátrio.

1.2 DO MÉTODO DO DIREITO COMPARADO APLICADO AO PRESENTE ESTUDO

Na análise comparativa, não há um único método a ser adotado (Cury, 2014, p. 184). Contudo, há princípios básicos a serem seguidos (Reitz, 1998, p. 618).

De início, princípio básico do direito comparado é o de que as comparações devem ser explícitas. Os ordenamentos jurídicos devem ser cotejados de forma clara e direta, de forma ostensiva. Todavia, a comparação não deve ser apenas formal, analisando o texto frio da lei, mas sim funcional, atentando-se para o efetivo papel desempenhado pelos institutos na realidade em cada um dos ordenamentos.

A análise comparativa, ademais, deve apontar tanto as diferenças como as similitudes entre os objetos comparados. Deve-se apontar o que é diferente, mas também o que é igual em cada um dos ordenamentos. Ao se proceder a comparação, deve-se tentar identificar os elementos comuns

entre os objetos comparados, deixando claro o gênero do qual os objetos comparados são espécies.

Na atividade comparativa, além disso, é preciso observar os diferentes substratos econômico, político e social. Ao se comparar os ordenamentos, não é possível desconsiderar a realidade de cada localidade. Cite-se que, ao se analisar o direito vigente, não se pode ignorar o direito efetivamente aplicado na prática, sob pena de a comparação ser irreal. Como exemplo paradigmático, podemos citar, no Brasil, o procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/95. Há uma enorme diferença entre o rito idealizado pelo legislador e o rito efetivamente aplicado na praxe forense. Nesse contexto, ao se comparar o rito sumaríssimo no Brasil com o de outro ordenamento, não é possível desconsiderar o direito efetivamente aplicado.

Além disso, a comparação pressupõe o domínio da língua estrangeira. Isso porque o pesquisador não deve ser dependente de fontes indiretas, intermediárias, que comprometerão a qualidade da comparação, seja em razão de eventuais imprecisões ou pela inexistência de material suficiente disponível.

Por outro lado, o estudo comparativo deve resultar em um trabalho que esteja estruturado como, de fato, comparativo. Deve-se evitar textos que sejam, em sua maior parte descritivos dos sistemas comparados, com uma pequena parte (um único capítulo pequeno) dedicado à comparação dos sistemas. Exige-se, também, que, ao se realizar a comparação, sejam respeitadas as diferenças existentes entre os sistemas.

Por fim, em toda análise de Direito Comparado, a comparação deve recair sobre a função desempenhada pelos institutos no ordenamento jurídico, evitando-se a simples verificação da existência formal de institutos equivalentes nos diversos ordenamentos. Em outros termos, deve-se investigar qual é a solução jurídica efetivamente dada ao mesmo problema jurídico pelos diversos ordenamentos (Duarte, 2006, p. 780).

Em síntese, o Direito comparado faz uma apresentação dos pontos em comum e das diferenças existentes entre os ordenamentos, por meio da confrontação das normas jurídicas em seus contextos da época e da estrutura social (Coelho, 1972, p. 265). No quadro abaixo foram resumidos os princípios a serem observados no Direito Comparado.

Quadro 1. Princípios a serem observados em análises de Direito Comparado.

As comparações devem ser explícitas.	O método comparativo envolve a explícita comparação de determinado aspecto ou instituto de dois ou mais ordenamentos.
A comparação deve ser funcional.	Ao analisar as semelhanças e diferenças, deve-se, ao avaliar as semelhanças e diferenças, avaliar a possibilidade de equivalência funcional, considerando o ordenamento como um todo.
A comparação deve apontar tanto as diferenças como as similitudes entre os sistemas.	A comparação é adequada quanto aponta as semelhanças entre os ordenamentos jurídicos, sem deixar de relatar as diferenças entre os sistemas.
A comparação alcança os elementos comuns entre os objetos da comparação.	A análise comparativa acaba alcançando resultados mais amplos de abstração, ao investigar o gênero, na verificação da existência de compatibilidade funcional.
A comparação pode permitir compreender também as diferenças políticas, econômicas e sociais.	A comparação pode permitir compreender não só as semelhanças e diferenças entre os ordenamentos, mas também a realidade política, econômica e social.
As comparações devem descrever o direito vigente, mas não podem ignorar o direito efetivamente aplicado na prática.	Ao realizar a comparação, deve-se descrever o direito existente no país. Contudo, não é possível ignorar eventual diferença existente entre o direito dos livros e o direito da prática. Ex.: rito sumaríssimo da lei 9.099/95.
A comparação exige do pesquisador o domínio da língua estrangeira.	A análise comparativa exige o domínio da língua estrangeira, a fim de que o pesquisador não fique dependente de fontes indiretas, intermediárias, que comprometerão a qualidade da comparação, seja em razão de eventuais imprecisões ou pela inexistência de material suficiente disponível.
A comparação deve resultar em um verdadeiro trabalho comparativo.	A análise comparativa pressupõe que o seu resultado esteja estruturado como tal. Deve-se evitar trabalhos que sejam, em sua maior parte descritivos dos sistemas comparados, com uma pequena parte (um único capítulo pequeno) dedicado à comparação dos sistemas.
A comparação deve respeitar o próximo.	Os estudos comparativos devem ser realizados com um espírito de respeito pelos outros.

Fonte: os autores (2020)

Nesse contexto, ao realizar a análise do Estado de Necessidade, adotou-se os princípios metodológicos acima mencionados. Com destaque, foram adotados os princípios metodológicos específicos que compreenderam a comparação funcional, mediante exame não apenas da redação legal dos dispositivos, mas de sua efetiva aplicação e dos resultados práticos alcançados em cada ordenamento, considerando que institutos com denominações diversas podem desempenhar funções equivalentes. Adotou-se também a análise contextual, pela qual se consideraram as peculiaridades dogmáticas de cada sistema jurídico, especialmente as diferentes concepções sobre a estrutura do crime e a localização sistemática das excludentes. Buscou-se a identificação de elementos comuns, buscando-se os denominadores comuns entre os ordenamentos, especialmente quanto aos requisitos básicos para reconhecimento do estado de necessidade. Por fim, fez-se avaliação crítica, procedendo-se à análise valorativa das diferentes soluções para identificar vantagens e desvantagens de cada modelo com vistas ao aperfeiçoamento do direito brasileiro.

1.3 DA JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DOS ORDENAMENTOS COMPARADOS

A seleção dos ordenamentos português e italiano justifica-se por critérios técnicos específicos.

Os três sistemas pertencem à família romano-germânica, compartilhando matriz dogmática similar que viabiliza a comparação. O direito penal brasileiro recebeu influência significativa tanto do direito português quanto do italiano, especialmente na construção das excludentes de antijuridicidade. Além disso, os ordenamentos adotam modelos distintos (unitário e diferenciador), permitindo análise comparativa das diferentes opções teóricas.

Por fim, todos possuem produção científica consolidada sobre o tema, facilitando a análise comparativa aprofundada.

2 EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ESTADO DE NECESSIDADE

Por ser um dos temas mais tormentosos, existiram códigos penais que silenciaram sobre o estado de necessidade, como Código Penal francês de 1810 (Machado, 1972, p. 187). Contudo, na atualidade, o estado de necessidade tem sido previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos.

Analisado os ordenamentos brasileiro, italiano e português, verifica-se que, em todos eles, a figura do estado de necessidade está expressamente prevista na lei, nos termos do quadro abaixo.

Quadro 2. Previsão legal do estado de necessidade nos ordenamentos jurídicos.

Código Brasileiro	Código Italiano	Código Português
<p>Estado de necessidade</p> <p>Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.</p> <p>§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.</p> <p>§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.</p>	<p><i>Art. 54 Stato di necessità</i> <i>Non è punibile chi há commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.</i></p> <p><i>Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo.</i></p>	<p>Artigo 34. o Direito de necessidade</p> <p>Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:</p> <p>a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;</p> <p>b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e</p> <p>c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.</p> <p>Artigo 35. oEstado de necessidade desculpante</p> <p>1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.</p> <p>2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.</p>

Fonte: os autores (2020)

Dessa forma, comparando-se os três ordenamentos, identifica-se um elemento em comum. Em todos eles, o instituto do estado de necessidade é expressamente previsto em lei.

3 ADOÇÃO DA TEORIA UNITÁRIA OU DIFERENCIADORA

3.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DAS TEORIAS

Existem duas teorias sobre o estado de necessidade, a saber: a teoria unitária (ou monista) e a teoria diferenciadora (ou dualista) (Bitencourt, 2019; Marinucci; Dolcini, 2006; Masson, 2019).

A teoria unitária, originária do *contrainte physique* do Código Penal Frances de 1810 (Prado, 2019, p. 562), prevê que o estado de necessidade, se existente, sempre excluirá a antijuridicidade. Para a teoria unitária, não existe a figura do estado de necessidade que exclui a culpabilidade, chamada de estado de necessidade exculpante.

Por sua vez, a teoria diferenciadora, cuja formulação inicial deve-se a Goldschmidt e Freudenthal (Prado, 2019, p. 563), distingue o estado de necessidade justificante de estado de necessidade exculpante. Se o bem salvo for mais valioso que o sacrificado, o estado de necessidade exclui a ilicitude da conduta (estado de necessidade justificante). Por outro lado, se o bem salvo for de menor ou igual valor, o estado de necessidade poderá afastar a culpabilidade (estado de necessidade exculpante). As diferenças entre as teorias foram sintetizadas na tabela abaixo.

Quadro 3. Teorias sobre o estado de necessidade.

Teoria diferenciadora	Teoria unitária
Diferencia estado de necessidade justificante de estado de necessidade exculpante. Se o bem salvo for mais valioso que o sacrificado, exclui-se a ilicitude (estado de necessidade justificante). Por outro lado, se o bem salvo for de menor ou igual valor, pode-se afastar a culpabilidade (estado de necessidade exculpante).	O estado de necessidade apenas exclui a antijuridicidade. Não existe a figura do estado de necessidade exculpante.

Fonte: os autores (2020)

3.2 ANÁLISE COMPARATIVA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS

No Brasil, as regras quanto ao estado de necessidade existentes no Código Penal e no Código Penal Militar são diversas. Adotou-se a teoria unitária no Código Penal e a teoria diferenciadora no Código Penal Militar.

No Código Penal Militar brasileiro, o estado de necessidade está disciplinado em dois artigos diversos. No art. 43 do Código Penal Militar, há previsão do estado de necessidade como “excludente do crime”. Já no art. 39 do Código Penal Militar, em dispositivo sem similar no Código Penal, está contemplado o estado de necessidade como excludente da culpabilidade (Nucci, 2019, p. 86). Adotou-se, portanto, no Código Penal Militar, claramente a teoria diferenciadora.

Por outro lado, no Código Penal brasileiro, foi adotada a teoria unitária. O estado de necessidade foi previsto como causa excludente da antijuridicidade apenas. Para as hipóteses em que o bem salvo é de menor valor, inexistente o estado de necessidade exculpante. A lei prevê apenas uma redução de pena de um a dois terços (art. 24, § 2º, do CP). As diferenças no tratamento do estado de necessidade entre o Código Penal Militar e o Código Penal foram resumidas na tabela abaixo.

Quadro 4. Diferenças entre o Código Penal e o Código Penal Militar brasileiro na disciplina do estado de necessidade.

Código Penal	Código Penal Militar
Adotou a teoria unitária	Adotou a teoria diferenciadora.
<p>Estado de necessidade Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.</p>	<p>Estado de necessidade, como excludente do crime Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.</p> <p>Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.</p>
Se o bem salvo é de menor valor, tem-se apenas uma redução de pena (art. 24, § 2º, do CP).	Se o bem salvo é de menor valor, pode haver estado de necessidade exculpante.

Fonte: os autores (2020)

Registre-se, portanto, que o estado de necessidade no Código Penal brasileiro figura apenas como causa de exclusão da antijuridicidade. Não foi previsto no Código Penal a figura do estado de necessidade exculpante. O estado de necessidade, portanto, só exclui a antijuridicidade, figurando como norma permissiva.

Como se sabe, além das normas penais incriminadoras, o Direito Penal também possui normas permissivas. Estas normas têm a capacidade de autorizar, no caso concreto e diante de determinadas circunstâncias, a

realização de uma conduta que, a princípio, seria proibida. Essas normas permissivas têm, portanto, a capacidade de excluir a antijuridicidade da conduta típica.

Adotada a atualmente a teoria da *ratio cognoscendi* (ou da indiciariedade), o fato típico é presumidamente antijurídico. Dessa forma, esse indício de antijuridicidade só é elidido por uma causa de justificação, entre as quais está o estado de necessidade. Deve-se atentar que o reconhecimento de uma das causas de justificação, como o estado de necessidade, gera inúmeros efeitos, entre os quais o de impedir a imposição da pena, converter o fato em ato lícito, com todas as suas consequências, bem como justificar eventual participação no ato por terceiros e inviabilizar a invocação de legítima defesa contra tal ato (Bitencourt, 2019). As consequências da existência de uma causa de justificação foram sintetizadas na tabela abaixo:

Quadro 5. Consequências da Presença das causas de justificação.

Efeitos das Causas de Justificação
Impedem a imposição de pena ao autor do fato típico.
Converte o fato em algo lícito, com todas as suas consequências.
Diante de um ato acobertado por causa de justificação, não cabe legítima defesa. É requisito da legítima defesa uma agressão injusta, incompatível com um comportamento valorado como lícito.
A participação no ato justificado do autor também será considerada como justificada (princípio de acessoriedade limitada da participação)

Fonte: os autores (2020)

Esse, portanto, foi o tratamento conferido pelo Código Penal ao estado de necessidade: uma causa de justificação, isto é, causa excludente da antijuridicidade.

No direito português, contudo, o tratamento foi diverso. No direito lusitano, há nítida adoção da teoria diferenciadora do estado de necessidade. No art. 34 do Código Português, há a disciplina do estado

de necessidade excludente da ilicitude. Por sua vez, o art. 35 do Código Português trata do estado de necessidade desculpante, excludente da culpabilidade.

Quadro 6. Disciplina do estado de necessidade no Código Português.

Artigo 34. Direito de necessidade	Artigo 35. Estado de necessidade desculpante
<p>Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:</p> <p>a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;</p> <p>b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e</p> <p>c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.</p>	<p>1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.</p> <p>2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.</p>

Fonte: os autores (2020)

Verifica-se que o direito português exige que se pondere o valor dos interesses em conflito (Dias, 2007, p. 466). O estado de necessidade atua como excludente da ilicitude e, excepcionalmente, também como excludente da culpabilidade. Com efeito, se o interesse salvaguardado não for de valor superior, pode excluir a culpabilidade se preenchidos os requisitos do art. 35 do Código Português e o houver ameaça a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro. Excepcionalmente, admite-se, ainda, a possibilidade de atenuação da pena ou sua dispensa se houver ameaça a outros interesses jurídicos diversos da vida, integridade física, honra, liberdade etc.

Por outro lado, no Direito Italiano, o tratamento conferido ao estado de necessidade é próximo ao brasileiro. No Direito Italiano, houve a adoção pela lei da teoria unitária. Prevê-se que não é punível quem cometeu o fato por ter sido forçado a fazê-lo pela necessidade de salvar a

si próprio ou a outros do perigo atual de danos graves à pessoa, um perigo não causado por ela voluntariamente, nem evitável, desde que o fato seja proporcional ao perigo. Complementa o dispositivo, ademais, que o estado de necessidade não se aplica àqueles que têm um dever legal específico de se expor ao perigo. Por fim, a norma deixa claro que o instituto se aplica mesmo que o estado de necessidade seja determinado pela ameaça de terceiros. O quadro abaixo transcreve a forma como o instituto está previsto na Itália.

Quadro 7. Estado de Necessidade no Direito Italiano.

Código Italiano
<i>Art. 54 Stato di necessità</i> <i>Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo.</i>

Fonte: os autores (2020)

A doutrina italiana aponta que o bem jurídico sacrificado no estado de necessidade deve ser de igual ou menor valor (Mantovani, 2009, p. 261). De qualquer modo, embora se discuta se o estado de necessidade exclui a antijuridicidade ou a culpabilidade (Marinucci; Dolcini, 2006, p. 225), não há na lei italiana tratamento similar ao realizado no Código Português ou no Código Penal Militar brasileiro, que diferenciam claramente estado de necessidade exculpante de estado de necessidade justificante.

Nesse contexto, portanto, comparando-se os ordenamentos, pode-se afirmar que o Código Penal Português adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, enquanto o Código Penal brasileiro e a lei penal italiana optam por um tratamento unitário.

3.3 AVALIAÇÃO CRÍTICA DAS OPÇÕES LEGISLATIVAS

A análise comparativa revela vantagens técnicas da teoria diferenciadora. A distinção entre estado de necessidade justificante e exculpante permite tratamento mais adequado das diferentes situações fáticas.

Ademais, o reconhecimento do estado de necessidade exculpante evita, por meio do próprio direito positivado, punições manifestamente desproporcionais em situações em que, embora a conduta não possa ser considerada lícita, não se pode exigir comportamento diverso do agente.

O modelo diferenciador oferece soluções mais nuançadas, permitindo ao julgador maior adequação da resposta penal às peculiaridades do caso concreto, de forma clara, a partir de próprio direito positivo.

4 REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

4.1 REQUISITOS COMUNS AOS TRÊS ORDENAMENTOS E PECULIARIDADES

Para que o estado de necessidade seja reconhecido e gere os efeitos que a lei lhe confere, é preciso que estejam reunidos os seus requisitos, que variam de ordenamento para ordenamento jurídico. No Código Penal brasileiro, os requisitos são de duas ordens: elementos relacionados à situação de necessidade e elementos ligados à reação do agente.

São elementos relacionados à atuação à situação de necessidade um perigo atual, a ameaça de direito próprio ou alheio e a existência de um perigo não provocado voluntariamente pelo sujeito.

Perigo atual é a probabilidade de dano a algum bem juridicamente tutelado. Pode advir de fato da natureza (inundação), animal (cão bravo) ou atividade humana (motorista atropela pedestre ao levar possoa para o hospital). Exige-se que o perigo seja atual. Perigo passado e futuro não justificam essa excludente de antijuridicidade.

A ameaça pode ser a direito próprio ou alheio. Qualquer bem jurídico pode ser protegido, seja do próprio agente ou de terceiro. O perigo

não pode ser provocado voluntariamente pelo sujeito. O provocador do perigo não pode beneficiar-se da excludente. A doutrina diverge quando o indivíduo provoca culposamente o perigo. Há posicionamentos favoráveis e contrários.

Por outro lado, são requisitos vinculados à reação do agente, a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado (princípio da ponderação de bens), a inevitabilidade da lesão ao bem jurídico em face do perigo e a inexistência de dever legal de enfrentar o perigo.

A inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado (princípio da ponderação de bens) impõe uma análise comparativa entre o bem salvo e o bem sacrificado (ponderação de bens), como visto acima.

Já a inevitabilidade da lesão ao bem jurídico em face do perigo exige que a lesão ao bem jurídico decorrente do perigo não possa ser de outro modo evitável. Podendo-se salvaguardar o direito de outra maneira, deve-se adotar o *commodus discessus*, assim entendida a saída mais cômoda. Quando possível a fuga, por ela deve optar o agente (Nucci, 2020, p. 222).

Registre-se que, comparando os ordenamentos, todos esses requisitos do estado de necessidade são comuns, salvo o requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português como visto acima.

A semelhança dos requisitos pode ser facilmente constatada pela leitura dos dispositivos legais de cada ordenamento jurídico, nos termos do quadro abaixo:

Quadro 8. Requisitos do estado de necessidade nos ordenamentos jurídicos.

Código Brasileiro	Código Italiano	Código Português
<p>Estado de necessidade Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. § 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. § 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.</p>	<p><i>Art. 54 Stato di necessità Non è punibile chi há commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo.</i></p>	<p>Artigo 34.º Direito de necessidade Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrificio do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado. Artigo 35.º o Estado de necessidade desculpante 1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2 - Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena”.</p>

Fonte: os autores (2020)

Verifica-se, portanto, que todos esses requisitos do estado de necessidade são comuns aos três ordenamentos, salvo o requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português, como visto acima.

4.2 DAS PECULIARIDADES DO ORDENAMENTO PORTUGUÊS E DA SUA RELEVÂNCIA

A adoção da teoria diferenciadora no texto positivo revela-se mais adequada, porquanto torna a regra clara e objetiva, evitando a necessidade de tratamento de situações complexas mediante recursos à doutrina e à jurisprudência.

A previsão expressa das duas modalidades do instituto no corpo da lei permite melhor solução e graduação dos casos conforme suas peculiaridades fáticas, oferecendo ao aplicador do direito instrumental legislativo específico para o enfrentamento das diversas situações que se apresentam, sem necessidade de construções pretorianas ou doutrinárias que comprometem, em certa medida, a segurança jurídica.

5 CONCLUSÃO

Com o objetivo de compreender o tratamento dado ao estado de necessidade pelo ordenamento brasileiro, fez-se uma análise abrangente do estado de necessidade a partir do Direito Comparado. Foram analisados os ordenamentos brasileiro, português e italiano, cotejando a disciplina do estado de necessidade nos seguintes aspectos: (i) existência ou não de previsão legal expressa, (ii) adoção da teoria unitária ou diferenciadora e (iii) requisitos do estado de necessidade.

Identificou-se que existiram códigos penais que silenciaram sobre o estado de necessidade, como Código Penal francês de 1810. Contudo, na atualidade, o estado de necessidade tem sido previsto em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Analisados os ordenamentos brasileiro, italiano e português, verificou-se que, em todos eles, a figura do estado de necessidade está expressamente prevista na lei.

Comparando-se os ordenamentos, concluiu-se que o Código Penal Português adota expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, enquanto o Código Penal brasileiro e a lei penal italiana

optam por um tratamento unitário. No Código Penal brasileiro, foi expressamente adotada a teoria unitária. O estado de necessidade foi previsto como causa excludente da antijuridicidade apenas. Para as hipóteses em que o bem salvo é de menor valor, inexistente o estado de necessidade exculpante. A lei prevê apenas uma redução de pena de um a dois terços (art. 24, § 2º, do CP).

Por fim, quanto aos requisitos do estado de necessidade, identificou-se que os requisitos são similares nos três ordenamentos, salvo quanto ao requisito da inexigibilidade de sacrifício do bem ameaçado, cujo tratamento é diverso no direito português.

Concluiu-se, por fim, que a análise do Direito Comparado permite melhor compreender o tratamento do estado de necessidade no Brasil e que a adoção da teoria diferenciadora no texto positivo revelasse mais adequada, porquanto torna a regra clara e objetiva, evitando a necessidade de tratamento de situações complexas mediante recursos à doutrina e à jurisprudência.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1.
- CASTRO, José Roberto Wanderley de. O direito comparado como ciência e método de aperfeiçoamento da efetivação dos direitos fundamentais. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo, v. 8, p. 195-200, jul./dez. 2018.
- COELHO, Luiz Fernando. O direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v. 15, p. 261-274, 1972. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdupr.v15i0.7215>.
- CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de direito comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 178-189, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.62.06>.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1.

DUARTE, Rui Pinto. Uma introdução ao direito comparado. **O Direito**. Lisboa, v. 138, n. 4, p. 769-792, 2006.

MACHADO, Luiz Alberto. Estado de necessidade e exigibilidade de outra conduta. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 15, p. 185-204, 1972. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v15i0.7212>.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**: parte generale. 7. ed. Padova: CEDAM, 2009.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Manuale di diritto penale**: parte generale. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 13. ed. São Paulo: Método, 2019. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal militar comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

REITZ, John C. How to do comparative law. **The American Journal of Comparative Law**. Ann Arbor, v. 46, n. 4, p. 617-636, Autumn 1998. DOI: <https://doi.org/10.2307/840981>.

FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* E
ART. 489, § 1º, DO CPC: PARÂMETROS DE
CONTROLE SOB O TEMA
REPETITIVO 1.306 DO STJ

Oscar Valente Cardoso

**FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* E ART. 489, § 1º, DO CPC:
PARÂMETROS DE CONTROLE SOB O TEMA REPETITIVO 1.306 DO STJ***

***PER RELATIONEM* REASONING AND ARTICLE 489 § 1 OF THE BRAZILIAN
CIVIL PROCEDURE CODE: STANDARDS OF JUDICIAL REVIEW UNDER
STJ REPETITIVE THEME 1.306**

Oscar Valente Cardoso

Doutor em Direito (UFRGS), Mestre em Direito e Relações Internacionais (UFSC), Especialista em Direito Processual Civil, em Inteligência Artificial e em Ciência de Dados e Big Data Analytics, Coordenador do Comitê Gestor de Proteção de Dados do TRF4, Professor no Mestrado da Universidade Europeia de Lisboa, Juiz Federal.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*: CONCEITO E EVOLUÇÃO. 2 FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* E O ART. 489, § 1º, DO CPC. 3 JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. 4 O TEMA REPETITIVO 1.306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5 PARÂMETROS PROPOSTOS DE SUFICIÊNCIA E CONTROLE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) submeteu ao rito dos recursos repetitivos o Tema 1.306 (REsp nº 2.148.059/MA, REsp nº 2.148.580/MA e REsp nº 2.150.218/MA), a fim de fixar tese acerca da validade da fundamentação *per relationem* diante das hipóteses de nulidade elencadas no art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil. A prática, que consiste em incorporar razões decisórias de outro ato judicial ou manifestação processual sem exame crítico, continua a gerar controvérsias quanto à suficiência argumentativa e ao dever constitucional de fundamentação. Este artigo analisa (a) a evolução dogmática da fundamentação *per relationem*; (b) a interação com os incisos I a VI do art. 489, § 1º, do CPC; (c) o entendimento do STJ e do STF sobre a questão; (d) o objeto do Tema 1.306 dos Recursos Especiais Repetitivos; (e) e propõe critérios objetivos para aferir quando essa técnica atende ao modelo constitucional de decisão judicial. A metodologia combina análise normativa, revisão bibliográfica e exame de precedentes. Conclui-se que a simples remissão, sem individualizar fatos e provas do caso concreto, viola o art. 489, § 1º,

o que pode levar à nulidade absoluta, sanável por embargos de declaração ou pelo recurso cabível.

Palavras-chave: fundamentação das decisões; art. 489, § 1º, do CPC; fundamentação *per relationem*; nulidade; Tema 1.306 do STJ.

ABSTRACT

The Brazilian Superior Court of Justice (STJ) has selected Repetitive Theme 1.306 (Special Appeals 2,148,059/MA, 2,148,580/MA and 2,150,218/MA) to define whether *per relationem* reasoning complies with Article 489 § 1 of the 2015 Civil Procedure Code. This technique, in which a judge adopts arguments from another judicial act or party brief without critical examination, still raises doubts about argumentative sufficiency and the constitutional duty to state reasons. This paper (a) traces the doctrinal evolution of *per relationem* reasoning; (b) evaluates its compatibility with the six grounds for invalid reasoning in Article 489 § 1; (c) surveys case law from the STJ and the Supreme Court; (d) outlines Repetitive Theme 1.306; (e) and proposes objective benchmarks to assess when the technique respects the constitutional model of judicial reasoning. Normative analysis, literature review, and precedent examination underpin the study. We conclude that mere reference, without tailoring facts and evidence, breaches Article 489 § 1, leading to absolute nullity that can be remedied through motions for clarification or the appropriate appeal.

Keywords: judicial reasoning; article 489 § 1 CPC; *per relationem* reasoning; nullity; STJ Repetitive Theme 1.306.

INTRODUÇÃO

O art. 93, IX, da Constituição impõe a fundamentação das decisões judiciais, no que é reproduzido no art. 11 do Código de Processo Civil (CPC). Porém, a existência de sentenças e acórdãos que apenas reproduzem a fundamentação de outro ato processual (por meio da técnica *per relationem*) motivou o legislador a explicitar, no art. 489, § 1º, do CPC, as hipóteses em que se considera inexistente a fundamentação.

Apesar disso, continuou-se a adotar a técnica sem uma fundamentação específica, o que levou a alegações de nulidade nos recursos. O STJ, ao afetar a questão ao Tema nº 1.306 dos Recursos Repetitivos, demonstrou a atualidade e a relevância dogmática do debate.

A relevância prática do problema levou o Superior Tribunal de Justiça a afetar, em 6 de fevereiro de 2025, os Recursos Especiais 2.148.059/MA, 2.148.580/MA e 2.150.218/MA ao rito dos repetitivos, originando o Tema nº 1.306. A Corte pretende

definir se a fundamentação por referência (*per relationem* ou por remissão) - na qual são reproduzidas as motivações contidas em decisão judicial anterior como razões de decidir - resulta na nulidade do ato decisório, à luz do disposto nos artigos 489, § 1º, e 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC de 2015.

Desde então, todos os recursos especiais e agravos em REsp que discutem a matéria foram suspensos, o que evidencia o potencial multiplicador do incidente. A controvérsia atinge não apenas julgados de instâncias ordinárias, mas também sentenças de primeiro grau e acórdãos proferidos pelos próprios tribunais superiores.

A partir desse contexto, o artigo formula a seguinte pergunta de pesquisa: quais parâmetros permitem distinguir a fundamentação *per relationem* legítima daquela que viola o art. 489, § 1º, do CPC, para o futuro precedente vinculante a ser fixado no Tema Repetitivo nº 1.306 do STJ?

Em outras palavras, busca-se definir parâmetros de suficiência para a fundamentação *per relationem* e indicar mecanismos de controle jurisdicional, à luz do Tema nº 1.306 do STJ. Para esse fim, utiliza-se pesquisa bibliográfica, análise normativa e estudo de casos.

Após esta introdução, o item 1 conceitua a fundamentação *per relationem*, o ponto 2 examina o conteúdo e o âmbito de aplicação do art. 489, § 1º, do CPC, enquanto a parte 3 analisa o entendimento do STJ e do STF sobre o tema. O item 4 analisa o Tema nº 1.306 do STJ, enquanto o ponto 5 propõe critérios de suficiência e modelos de controle jurisdicional, no que é sucedido pelas conclusões do artigo.

Ao conjugar a análise dogmática com a observação empírica da prática jurisdicional, pretende-se oferecer subsídios teóricos e práticos que auxiliem magistrados, advogados e pesquisadores a verificar, com rigor metodológico, o uso da fundamentação *per relationem* em consonância com as normas de fundamentação válida das decisões judiciais.

1 FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*: CONCEITO E EVOLUÇÃO

A exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, da Constituição de 1988, bem como no art. 11 do Código de Processo Civil, transformou-se em uma forma de controle da valoração de provas e da tomada de decisões nos processos judiciais.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), o legislador reforçou esse dever ao enunciar, no art. 489, § 1º, seis hipóteses em que a fundamentação se considera inexistente. Entre elas estão a mera reprodução de ato normativo sem demonstração de pertinência (inciso I) e a invocação de precedente sem explicitação dos fundamentos que justifiquem sua aplicação ao caso concreto (inciso V). Em consequência, é incompatível com o modelo constitucional de prestação jurisdicional a prática de decisões que aderirem, sem exame crítico, a argumentos alheios ou de decisões anteriores.

Em seu aspecto formal, a fundamentação é a reconstituição do caminho (*iter*) lógico percorrido pelo juiz para elaborar suas razões¹ e a justificativa do julgador pela escolha de determinadas conclusões em detrimento de outras possíveis². Não basta indicar a norma jurídica aplicável

¹ DONATO, Flora Di. *La costruzione giudiziaria del fatto*; il ruolo della narrazione nel 'processo'. Milano: FrancoAngeli, 2008, p. 200.

² Sobre as características formais da fundamentação: COEN, Leopoldo. *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa*: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza. Torino: G. Giappichelli, 1998, p. 10-11.

ao caso: a fundamentação deve justificar as razões de sua incidência na relação jurídica entre as partes e em que medida ela ocorre³.

Em regra, realiza-se um raciocínio lógico binário na verificação do cumprimento do dispositivo constitucional, com a conclusão resumida em uma resposta “sim” ou “não” acerca da existência da motivação na decisão recorrida. Porém, existem formas diferenciadas de fundamentação das decisões judiciais, que constituem exceção à análise simplificada da sua ocorrência – ou não – e demandam uma verificação mais aprofundada por parte do legitimado para o controle do ato judicial.

Entre elas, está a fundamentação *per relationem*, uma técnica na qual o julgador adota, como razões decisórias, trechos de outra manifestação processual ou judicial utilizada.

A fundamentação *per relationem* (referenciada, por referência ou por remissão), não é uma fundamentação autônoma para o caso concreto, mas sim aquela baseada nas razões de decisão proferida em caso similar, ou contida em ato (judicial ou não) praticado no próprio processo⁴. Em outras palavras, consiste na adoção, pelo julgador, de argumentos desenvolvidos em outro ato processual (como uma decisão judicial, um parecer ministerial ou petição de uma das partes) sem desenvolver exame específico próprio, ou com fundamentação própria escassa. A técnica dispensa a redação autônoma da fundamentação e transfere, total ou parcialmente, o ônus argumentativo para o texto citado.

³ Nesse sentido, afirmando que a motivação só é válida quando expressar o critério lógico que levou o juiz ao seu convencimento (“*il criterio logico che ha condotto il giudice alla formazione del proprio convincimento*”): COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano (coord.). **Commentario del Codice di Procedura Civile**. v. II. Torino: Utet Giuridica, 2012, p. 632.

⁴ Sobre o tema: CARPI, Federico; TARUFFO, Michele (coord.). **Commentario breve al Codice di Procedura Civile**. 7. ed. Padova: Cedam, 2012, p. 518-519. Ainda: CARDOSO, Oscar Valente. Fundamentação *per relationem* das decisões judiciais: características e limites. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 136, p. 81-88, jul. 2014.

No CPC de 1973, a técnica se consolidou como um instrumento de celeridade, que permitia aos tribunais confirmar as sentenças por remissão. Contudo, críticas doutrinárias já ressaltavam risco do uso de decisões-modelo sem a análise específica do caso concreto.

Além disso, a admissibilidade do uso dessa técnica, ao mesmo tempo em que permite o exercício de um controle formal da fundamentação pelos órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores (por indicar os fundamentos utilizados), gera o risco de ocorrer subjetivismo nos julgamentos dos tribunais, que podem definir caso a caso se a decisão recorrida foi – ou não – fundamentada de forma suficiente⁵.

Os tribunais invocam celeridade e economia processual para manter sentenças ou acórdãos “por remissão” e dispensar o acréscimo de argumentos para a individualização dos fatos e das provas. Nesse sentido, o art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo prevê, desde a sua redação original, que “nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la”. Após a entrada em vigor do CPC/2015, acrescentou-se na parte final do texto regimental a seguinte ressalva: “(...) apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento”.

No CPC/2015, o art. 489, § 1º tornou explícitas as situações em que a decisão “não se considera fundamentada”. Entre elas, a mera reprodução de ato normativo (inciso I) ou de conceitos jurídicos indeterminados (inciso II) desacompanhada de sua relação específica com o caso concreto, ou a invocação de precedente sem “identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inc. V). Tais hipóteses limitam – mas não proíbem – o uso da técnica *per relationem*.

⁵ Com críticas a essa forma de controle das decisões judiciais: “[...] que o número excessivo de recursos se deve principalmente ao fato de ser mantido o vício da motivação da sentença como motivo de impugnação. [...] De fato, caso se pretendesse romper a relação entre a *quaestio iuris* e a *quaestio facti*, deveria ser eliminado o controle sobre a suficiência da motivação” (VERDE, Giovanni. **Il difficile rapporto tra giudice e legge**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 15).

Nos Juizados Especiais Cíveis existe autorização específica para a fundamentação *per relationem*, com duas peculiaridades: (a) só pode ser utilizada em acórdão de Turma Recursal que confirmar integralmente a sentença recorrida⁶; (b) e não há necessidade de transcrição da sentença. Nesse sentido é o texto do art. 46 da Lei nº 9.099/95:

O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Há redação similar à da parte final no art. 82, § 5º, para os Juizados Especiais Criminais: “Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

Existem duas previsões diferentes de fundamentação das decisões no citado art. 46: (a) a primeira parte prevê como regra a **fundamentação sucinta**, ou seja, autoriza a Turma Recursal a justificar sua decisão de forma resumida⁷; (b) e a segunda parte traz como exceção a **fundamentação *per relationem***, ao permitir que, na confirmação da sentença, a Turma Recursal se limite a manter o seu conteúdo, sem obrigatoriamente transcrevê-la.

Ainda que exista previsão legal específica (e anterior ao CPC/2015), a doutrina sobre a fundamentação *per relationem* divide-se entre os defensores de uma “validade condicionada”, que enxergam na remissão uma técnica válida desde que preenchidos os requisitos da fundamentação,

⁶ O que pressupõe que o recurso aborde questões decididas de forma expressa pela sentença. Sobre o assunto: CARDOSO, Oscar Valente. A motivação *per relationem* inversa nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 144, p. 53-62, mar. 2015.

⁷ Não há previsão similar para a sentença de primeira instância. Os arts. 36, 38 e 81, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.099/95, preveem apenas que o relatório é dispensado, mas que o juiz deve realizar um “breve resumo” (ou “referir, no essencial”) dos atos processuais relevantes e da prova oral. Sobre os limites da fundamentação sucinta e de eventuais violações a princípios constitucionais: CLINI, Alberto. **La forma semplificata della sentenza nel “giusto” processo amministrativo**. Padova: Cedam, 2009, p. 138-221.

e os críticos que a consideram, por definição, incompatível com o modelo constitucional.

Assim, o cenário revela uma tensão entre dois valores constitucionais: de um lado, a eficiência processual (acentuada pela sobrecarga de demandas e pela digitalização do acervo judicial) e, de outro, a legitimidade democrática das decisões (que exige uma fundamentação acessível e controlável, pelos jurisdicionados, pelos tribunais e por toda a sociedade).

A resposta jurídica passará, inevitavelmente, pela tese que o STJ fixará no Tema nº 1.306. Se a Corte adotar critérios objetivos de individualização e pertinência, poderá harmonizar a celeridade com as normas fundamentais da fundamentação e do contraditório.

2 FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM* E O ART. 489, § 1º, DO CPC

Conforme antecipado no item anterior, o § 1º do art. 489 do CPC consolida seis hipóteses em que a decisão “não se considera fundamentada”⁸. Nelas, existem dois incisos que dialogam diretamente com a técnica *per relationem*:

(a) o inciso I veda a mera indicação, reprodução ou paráfrase de ato normativo sem contextualizar a sua pertinência com o caso julgado ou a questão decidida. Assim, quando o órgão julgador cita ou transcreve um dispositivo legal e encerra a fundamentação no ponto, sem relacioná-lo diretamente ao caso, incorre em nulidade formal. Esse cenário ainda ocorre em sentenças de massa, sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis;

(b) o inciso V invalida a decisão que invoca precedente ou enunciado de súmula sem apontar a *ratio decidendi* e a sua aderência fático-jurídica ao caso sob julgamento. A remissão legítima exige, portanto, dois passos: a identificação do precedente vinculante e, na sequência, a demonstração de sua aplicabilidade ao caso concreto. Quando, por

⁸ O dispositivo legal é examinado de forma detalhada no capítulo 4.11 de: CARDOSO, Oscar Valente. *As três vinculações da fundamentação das decisões judiciais no processo civil: pedidos, provas e precedentes*. São Paulo: Dialética, 2022.

exemplo, a decisão apenas menciona a “aplicação da Súmula nº 7 do STJ ou o “precedente vinculante do Tema nº 339 do STF”, sem explicitar por que o suporte fático ou probatório coincide, configura-se a ausência de fundamentação.

Os demais incisos do § 1º do art. 489 do CPC – emprego de conceitos jurídicos indeterminados (II), indicação de motivos padronizados (III), valoração implícita de prova e não apreciação de todos os argumentos contrários (IV) e omissão na aplicação de precedente vinculante (VI) – complementam o filtro de suficiência. Na prática, os vícios costumam combinar-se: um acórdão pode reproduzir integralmente a sentença (violando o inciso III) e, ao mesmo tempo, deixar de demonstrar distinção de precedente (com violação ao inciso VI).

A leitura sistemática desses incisos conduz a um teste tríplice de validade da remissão realizada na fundamentação *per relationem*, ou seja, quando o julgador incorpora razões alheias à sua decisão. Esse teste abrange três requisitos complementares, que são os seguintes:

(a) a identificação precisa da fonte invocada (sentença, parecer, petição etc.): a decisão deve nomear com clareza o ato e indicar a sua localização no processo judicial. Por exemplo: “adoto, como razão de decidir, a fundamentação exposta na sentença de primeiro grau (evento 37 ou ID 123456, p. 12-18)”. O mesmo requisito se aplica a pareceres ministeriais (“parecer do MPF, evento 42”) ou petições das partes (“contrarrazões da apelada, ID 7891011, p. 4-6”). A referência inequívoca permite às partes e ao órgão revisor localizar o texto adotado e garante o contraditório sobre o conteúdo efetivamente incorporado à decisão judicial;

(b) a demonstração da pertinência fático-jurídica: após a indicação da fonte, o julgador deve explicar por que os fundamentos nela contidos solucionam a controvérsia atual, ou seja, a conexão entre as questões de fato ou de direito resolvidas na decisão e os fundamentos remetidos no ato anterior. Suponha-se, por exemplo, uma ação de indenização por vício oculto em que a sentença concluiu pela responsabilidade do fornecedor com base no laudo pericial. Se o tribunal confirmar a sentença com o uso da fundamentação *per relationem*, precisa indicar que o mesmo laudo (com a referência aos quesitos respondidos ou a determinado texto nele

contido) sustenta, de modo idêntico, a conclusão colegiada. Sem essa confrontação das teses controvertidas no recurso, a remissão converte-se em fundamentação genérica, que viola o dever de fundamentação analítica especificado no § 1º do art. 489 do CPC;

(c) o enfrentamento específico dos fundamentos debatidos em contraditório pelas partes: a remissão a um ato processual anterior não dispensa o órgão julgador de analisar as objeções supervenientes a ele. O julgador deve, ainda que de forma sintetizada e com a indicação do ato referenciado, apreciar eventuais argumentos adicionais essenciais à resolução do objeto da decisão (caso apresentados nos autos após o ato transcrito na fundamentação *per relationem*). Por exemplo, se, após a sentença, a parte vencida invocar a ocorrência da prescrição em apelação, o acórdão que simplesmente transcrever a sentença sem rebater o tema novo incorre em omissão relevante. A técnica somente se legitima quando o tribunal explicitar que o argumento prescritivo não procede, acrescentando, se necessário, uma fundamentação própria antes de ratificar os demais fundamentos já constantes da decisão de primeiro grau.

A ausência de qualquer um desses elementos pode dar início à cadeia recursal de correção da falha na fundamentação: a parte prejudicada pode opor embargos de declaração para suprir omissão (art. 1.022, II) e, mantido o vício, interpor o recurso adequado para buscar a nulidade da decisão por violação ao art. 489, § 1º, do CPC.

3 JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Na vigência da Constituição de 1988 e do CPC/73, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desenvolveram uma jurisprudência para reconhecer, como regra, a validade da técnica *per relationem*, tanto no processo civil quanto no processo penal.

O STF declarou a constitucionalidade do art. 82, § 5º, da Lei nº 9.099/95, na análise de repercussão geral em recurso extraordinário por seu plenário virtual: “[...] Possibilidade de o colégio recursal fazer remissão aos fundamentos adotados na sentença. Jurisprudência pacificada na

Corte. Matéria com repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (RE 635729 RG/SP, rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/06/2011, DJe 23/08/2011)⁹.

O principal motivo para essa compreensão é o de que a incorporação, integral ou parcial, da fundamentação da decisão recorrida, não importa na falta de fundamentação da decisão incorporadora. Em suma, “[...] o Supremo Tribunal Federal entende que o referido dispositivo constitucional exige que o órgão jurisdicional explicita as razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pela parte” (ARE 736290 AgR/SP, 1ª Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 25/06/2013, DJe 15/08/2013).

No julgamento do Tema nº 339 da Repercussão Geral (em precedente fixado antes da vigência do CPC/2015, mas considerando o texto constitucional em vigor desde 1988), o STF admitiu expressamente a utilização da fundamentação sucinta: “O art. 93, IX, da Constituição

⁹ Com o mesmo entendimento: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JUIZADOS ESPECIAIS. ACÓRDÃO QUE MANTÉM A SENTENÇA RECORRIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA PELO PLENÁRIO NO RE 635.729 RG, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, DJE DE 24/08/2011, JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-B DO CPC. INFRINGÊNCIA AO ART. 5º, XXXV, XXXVI E LV. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. ARGUMENTAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DISSOCIADA DOS FUNDAMENTOS DO JULGADO IMPUGNADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 635.729 RG, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 24/08/2011, sob o regime do art. 543-B do CPC, reafirmou o entendimento de que ‘não afronta a exigência constitucional de motivação dos atos decisórios a decisão de Turma Recursal de Juizados Especiais que, em consonância com a Lei 9.099/95, adota como razões de decidir os fundamentos contidos na sentença recorrida’. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 581442 AgR/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Teori Zavascki, j. 18/12/2013, DJe 11/02/2014). Ainda: ARE 677789 AgR-segundo/SC, 1ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10/09/2013, DJe 04/11/2013; ARE 701888 AgR / SP, 2ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 18/09/2012, DJe 01/10/2012; AI 749963 AgR /RJ, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, j. 08/09/2009, DJe 24/09/2009; AI 646122 ED/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Menezes Direito, j. 10/06/2008, DJe 31/07/2008.

Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”.

A jurisprudência do STF e do STJ acerca do tema se formou durante décadas de confirmação da validade da fundamentação *per relationem*, especialmente para manter a decisão recorrida ou para incorporar o parecer do Ministério Público, quando atua no processo como fiscal da lei (CPC/73) ou da ordem jurídica (CPC/2015), tanto no processo civil quanto no processo penal.

Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal: “[...] De acordo com a jurisprudência do STF, não incide em nulidade o acórdão quando acolhe, como razão de decidir, o parecer do Ministério Público que, na segunda instância, funciona como custos legis” (HC 73545/SP, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 11/06/1996, DJ 06/09/1996, p. 31852)¹⁰.

No Superior Tribunal de Justiça se adota raciocínio similar:

[...] Não há nulidade do v. acórdão, por falta de fundamentação, se este adota como razões de decidir o parecer do Ministério Público e os fundamentos do r. decisum de primeiro grau, transcrevendo-os no corpo do voto com razões de decidir satisfatoriamente fundamentadas (Precedentes do STF e desta Corte)

¹⁰ No STF, cita-se, ainda: “[...] Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação ‘per relationem’, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes” (AI 825520 AgR-ED/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 31/05/2011, DJe 09/09/2011). Com o mesmo entendimento: RE 730208 AgR/MG, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 23/04/2013, DJe 24/06/2013; RE 614967 AgR/AM, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, j. 26/02/2013, DJe 19/03/2013; AI 167580 AgR/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 12/09/1995, DJ 20/10/1995, p. 35271.

(HC 138191/RS, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 03/11/2009, DJe 07/12/2009)¹¹.

Essa compreensão se aplica inclusive à tomada de decisão administrativa, na qual o STJ admite a “[...] possibilidade de a autoridade coatora se utilizar da fundamentação *per relationem* para fundamentar decisão proferida em processo administrativo” (MS 28414/DF, 1ª Seção, rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, j. 03/04/2025, DJEN 08/04/2025).

Mais recentemente, e para compatibilizar o seu entendimento anterior com as normas do CPC/2015 (especialmente os arts. 11 e 489), o Superior Tribunal de Justiça passou a ressaltar a necessidade de que a utilização da técnica *per relationem* seja acompanhada de fundamentação específica do julgador, sobre as razões da incorporação e a indicação específica dos fundamentos utilizados com a sua aplicação ao caso julgado.

Nesse sentido, a 6ª Turma do STJ decidiu que

[...] o Tribunal de origem utilizou adequadamente a técnica da fundamentação *per relationem*, motivando, ainda que sucintamente, as razões de utilização dos trechos do acórdão proferido na apelação do corrêu para manter a condenação do paciente (AgRg no HC 872934/PR, 6ª Turma, rel. Des. convocado Otávio de Almeida Toledo, j. 09/04/2025, DJEN 15/04/2025).

De forma similar, a 5ª Turma concluiu que “[...] a fundamentação *per relationem* é admitida, desde que contextualizada ao caso concreto e não genérica” (EDcl no AgRg no REsp 2173544/RN, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 01/04/2025, DJEN 09/04/2025)¹².

¹¹ Do mesmo modo: “[...] Tese de julgamento: [...] 3. A técnica de motivação *per relationem* é válida quando o julgador se reporta a outra decisão ou manifestação dos autos e as adota como razão de decidir” (AgRg no HC 981493/RS, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22/04/2025, DJEN 30/04/2025). Ainda: AgRg no HC 93345/RS, 6ª Turma, rel. Min. Og Fernandes, j. 06/08/2009, DJe31/08/2009; HC 40874/DF, 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz, j. 18/04/2006, DJ 15/05/2006, p. 244.

¹² Da mesma forma: AgRg no REsp 2116448/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 02/04/2025, DJEN 08/04/2025; AgRg no HC 970703/SP, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02/04/2025, DJEN 07/04/2025.

Ainda que se possa identificar em determinados acórdãos a exigência de uma fundamentação adicional e específica de forma combinada com a técnica *per relationem*, em regra não há uma indicação específica dos critérios de validade e suficiência desta, o que pode ser desenvolvido na fixação do precedente vinculante a ser elaborado pelo STJ no Tema Repetitivo nº 1.306.

Entre eles, destaca-se a validação condicionada à justificativa da utilização da fundamentação *per relationem*, como, por exemplo, a manutenção da decisão recorrida porque ela aplica o precedente vinculante adequado à resolução do caso. Em complemento, é preciso analisar os argumentos apresentados no recurso (ou nas manifestações processuais da parte sucumbente), a fim de verificar a necessidade – ou não – de refutação específica de alguns deles, em cumprimento ao inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC. Em outras palavras, a ratificação genérica de uma sentença recorrida sem consideração a argumentos específicos em contrário apresentados na apelação pode levar à nulidade do acórdão que fizer uso da técnica *per relationem*, caso a própria decisão recorrida não tenha efetivamente enfrentado tais alegações.

Portanto, ainda que se possa concluir que a utilização da técnica *per relationem* não viola, por si só, o dever de fundamentação, ela não dispensa o julgador de explicitar a pertinência dos fundamentos remetidos ao caso concreto, com a eventual refutação de outros argumentos não referidos no ato processual incorporado.

4 O TEMA REPETITIVO 1.306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No dia 06 de fevereiro de 2025, a Corte Especial do STJ afetou os REsp 2.148.059/MA, 2.148.580/MA e 2.150.218/MA ao rito do art. 1.036 do CPC, sob relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reunindo-os sob o Tema nº 1.306 dos Recursos Repetitivos.

A questão delimitada busca “definir se a fundamentação por referência (*per relationem* ou por remissão) – na qual são reproduzidas as motivações contidas em decisão judicial anterior como razões de decidir – [...]” pode ocasionar – ou não – a nulidade do pronunciamento judicial,

com fundamento nos arts. 489, § 1º, e 1.022, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil.

O voto do relator afastou a hipótese de simples divergência interna: o STJ possuía, até então, tendência marcadamente favorável ao uso da técnica, mas constatou-se que centenas de recursos em trâmite questionavam, exatamente, a suficiência dessa fundamentação. A Corte percebeu, portanto, um risco de ineficiência sistêmica, considerando que, de modo recorrente, decisões judiciais reproduziam sentenças ou pareceres sem exame crítico, o que provoca um volume expressivo de embargos de declaração e recursos especiais apenas para discutir a ocorrência de vício formal. A uniformização da questão por meio da elaboração de um precedente vinculante busca equilibrar a celeridade com a legitimidade decisória, a fim de prevenir reiterações desnecessárias de nulidade e de fornecer uma diretriz objetiva às instâncias ordinárias.

A afetação da questão a um precedente vinculante permitirá que o STJ fixe balizas objetivas para orientar julgadores, partes e outros sujeitos processuais sobre:

(a) a extensão do dever de individualização na fundamentação das decisões judiciais: em que medida o julgador deve confrontar, nos fundamentos da decisão, os fatos e provas específicos do processo, quando opta por realizar a remissão a um ato anterior?;

(b) a existência de regra de complementação argumentativa: há necessidade – ou não – de justificar a utilização da técnica *per relationem*, com o eventual acréscimo de fundamentos, ainda que de forma sucinta. Em outras palavras, exige-se a exposição explícita dos motivos pelos quais se adota a técnica, ou basta registrar a concordância com as razões transcritas?;

(c) e os efeitos de eventual nulidade: a falta de individualização gera nulidade absoluta (insanável) ou relativa (sanável) e quais são os reflexos eventualmente causados sobre decisão anterior de concessão ou confirmação da tutela provisória?

Em síntese, podem ser apontadas três teses amplas a serem discutidas na elaboração do precedente vinculante do Tema nº 1.306 dos Recursos Repetitivos do STJ:

- A técnica *per relationem* é válida, desde que o órgão julgador transcreva os argumentos remetidos e explicita a correlação existente entre este e o caso em julgamento, ou seja, deve existir no mínimo uma fundamentação que justifique a possibilidade de a decisão se limitar a incorporar os fundamentos utilizados em um ato processual anterior;

- Ou a técnica *per relationem* é válida apenas se existir um acréscimo de fundamentação individualizante (ônus argumentativo mínimo), ou seja, a decisão judicial pode incorporar apenas de forma parcial os fundamentos desenvolvidos em um ato processual anterior, com a identificação da fonte citada, a demonstração de sua pertinência e o enfrentamento específico das questões controvertidas.

- Ou a técnica *per relationem* deixou de ser válida a partir da entrada em vigor do CPC/2015, por ser incompatível com as regras previstas no § 1º do art. 489, ou seja, é nulo o pronunciamento judicial que reproduzir razões alheias e não contiver a sua própria fundamentação.

A orientação que emergir do Tema nº 1.306 irradiará efeitos para os julgadores (como um protocolo de redação decisória, a ser observado em conjunto com as normas legais), para os litigantes (como um parâmetro objetivo e seguro para a eventual verificação e arguição de nulidades e para a formulação de razões recursais) e para os tribunais superiores (como um filtro uniforme de admissibilidade de recursos que alegarem violação a um dos incisos do § 1º do art. 489 do CPC).

5 PARÂMETROS PROPOSTOS DE SUFICIÊNCIA E CONTROLE

A consolidação de um protocolo de redação decisória para a fundamentação *per relationem* é uma forma de atender, simultaneamente, às exigências de celeridade, de economia processual e de fundamentação adequada. Este item é dedicado ao desenvolvimento de uma matriz de quatro eixos que poderá orientar julgadores, advogados e outros sujeitos processuais de forma objetiva, tanto para a elaboração quanto para a verificação da validade de um pronunciamento judicial que se utilize da técnica de incorporar fundamentos de um ato processual anterior.

Os parâmetros propostos de suficiência e controle na utilização da técnica *per relationem* contém quatro etapas:

- 1) Critério material;
- 2) Critério formal;
- 3) Critério metodológico;
- 4) Matriz de verificação.

1) Em primeiro lugar, o critério material significa que o texto remetido pela decisão atual deve abordar especificamente as questões controvertidas do processo, com a identificação dos fatos pertinentes, relevantes e controvertidos, ou das questões jurídicas debatidas, ou das provas produzidas.

Em consequência, o julgador deve demonstrar, de maneira explícita, *como* os fundamentos remetidos solucionam as controvérsias fático-jurídicas do processo. Exige-se, para este fim:

- Correspondência fática: a identificação dos fatos relevantes e sua coincidência com aqueles que embasaram o texto incorporado. Logo, a remissão precisa deixar explícita a similitude entre os fatos do processo em julgamento e aqueles que serviram de base à decisão (ou a outro ato processual) incorporada. Por exemplo, em uma ação revisional em que o autor discute a abusividade de cláusula de capitalização de juros em contrato habitacional, o juiz pode adotar, *per relationem*, os fundamentos de acórdão proferido em caso semelhante, desde que registre expressamente a correspondência: “No caso paradigma no processo nº XXX, o mutuário firmou contrato do mesmo programa habitacional, em data idêntica e com cláusula de capitalização mensal idêntica à ora impugnada, circunstâncias também comprovadas nestes autos”. Ao vincular os fatos de um processo ao outro, suprime-se a falha da fundamentação genérica;

- Pertinência normativa: a explicitação de que o dispositivo legal, o precedente vinculante ou outra norma invocada trata da mesma questão jurídica solucionada. Além da coincidência fática, o dispositivo legal ou o precedente invocado deve tratar da mesma questão jurídica. Por exemplo, o acórdão paradigma aplicou o Tema Repetitivo nº 48 do

STJ, que fixou a impossibilidade de capitalização de juros nos contratos do Sistema Financeiro da Habitação; se o contrato analisado no caso atual contém cláusula de capitalização mensal, para legitimar a técnica o magistrado precisa indicar: “O precedente refere-se à capitalização em qualquer periodicidade nessa espécie contratual, motivo pelo qual incide integralmente na presente demanda, em que a instituição financeira pactuou periodicidade mensal em contrato vinculado ao SFH”. Assim, demonstra-se a transposição normativa sem distorção, o que permite a transcrição dos fundamentos adotados no acórdão que levou à elaboração do precedente vinculante;

- Individualização probatória: a indicação dos elementos de prova (se for o caso) que justificam a aplicação das premissas remetidas. Quando a solução depende de prova, cabe ao julgador evidenciar que o conjunto probatório dos autos confirma as premissas do ato anterior citado na decisão atual. Por exemplo, em ação de responsabilidade civil por erro médico, a sentença acolhe laudo pericial que aponta falha na esterilização de instrumentos cirúrgicos. O tribunal pode confirmar a sentença por remissão à reconstrução dos fatos e à valoração das provas desenvolvidas nela, com a indicação específica dos meios de prova que corroboram os fatos: “A contaminação por bactérias devido à quebra do protocolo de esterilização foi suficientemente comprovada no laudo pericial juntado no evento 46, sem que a parte recorrente tivesse produzido prova em contrário que pudesse demonstrar excludente de ilicitude ou outros fatos que permitissem chegar à conclusão contrária da sentença”. Esse cotejo elimina dúvidas sobre a pertinência probatória.

Sem esses três componentes, a decisão que faz uso da técnica *per relationem* pode ser considerada como tendo apenas uma fundamentação aparente e violar um dos incisos do art. 489, § 1º, do CPC. A adoção de fundamentos alheios somente se legitima quando o julgador demonstra, de forma direta e inequívoca, que tais razões resolvem o litígio concreto. Essa demonstração repousa nos três elementos citados: correspondência fática, pertinência normativa e individualização probatória.

2) Na sequência, de acordo com o critério formal, o órgão julgador precisa declarar expressamente a adoção das razões invocadas e indicar a

fonte (sentença, parecer, petição etc.), a fim de permitir a verificação e o controle em grau recursal pelo tribunal, bem como pelas partes e por toda a sociedade (em eventual comparação de casos e adoção de solução semelhante aos casos similares).

Para esse fim, a estrutura decisória precisa tornar verificável a adoção da técnica, a fim de permitir o controle recursal e social, com estes critérios:

- Referência expressa: a decisão judicial deve citar de forma inequívoca a peça remetida, da qual extrai os fundamentos (sentença, parecer, petição, estudo técnico etc.), para que eles passem a constar expressamente dela. A transcrição permite à parte sucumbente compreender os fundamentos adotados e, se necessário, impugnar inclusive a pertinência da remissão;

- Delimitação do alcance: o julgador deve esclarecer se adota a íntegra ou somente trechos determinados (ou seja, quais fundamentos do ato-fonte está incorporando à sua decisão e quais não adota), a fim de evitar a conclusão de que subscreveu argumentos estranhos ao litígio ou ao objeto da decisão. Tal recorte impede a suposição de adesão integral a argumentos que, porventura, sejam estranhos à lide ou até mesmo com a jurisprudência ou um precedente vinculante do tribunal;

- Registro no dispositivo: a parte dispositiva da decisão deve conter as determinações específicas do julgador e as suas conclusões para a decisão, a fim de evitar dúvidas na sua execução (e eventual liquidação). O dispositivo deve refletir o resultado aplicável ao caso concreto (com comandos de fazer, pagar, entregar coisa ou não fazer), ainda que a fundamentação derive de peça alheia.

Assim, ao lado do critério material, o julgador precisa tornar visível e auditável o uso da remissão (critério formal), a fim de assegurar transparência à decisão e seus fundamentos.

3) Por sua vez, o critério metodológico exige que a decisão que fizer uso da técnica *per relationem* deve dialogar com as normas jurídicas

utilizadas para a solução do caso e explicar, ainda que de modo sucinto, as razões de sua aplicação.

Para esse fim, o julgador deve dialogar previamente com as partes (ou verificar se isso ocorreu na instância inferior), em observância ao princípio do contraditório e a regra dele derivada, positivada no art. 10 do CPC. Logo, é importante indicar nos fundamentos do ato processual incorporado qual é a norma jurídica geral adotada e, se for o caso, acrescentar fundamentos que afastem a diferenciação realizada por uma das partes.

No corpo da decisão, o julgador identifica a norma jurídica que dá suporte ao ato remetido e explica por que ela abrange o caso concreto. Se uma parte invocou diferença fático-jurídica para afastar a incidência da norma, o magistrado ou o colegiado deve refutar essa distinção ou reconhecer sua procedência, com o ajuste da remissão.

O critério metodológico funciona como ponte entre a remissão a um ato processual anterior e o devido processo legal, ao obrigar o julgador a demonstrar que a norma jurídica que sustenta o ato incorporado foi exposta às partes e submetida ao crivo do contraditório. Não basta copiar argumentos, mas é preciso revelar o como e o porquê de sua pertinência.

4) Por fim, a matriz de verificação pode ser adotada na elaboração e no controle da decisão que aplica a técnica *per relationem*, a fim de verificar a sua validade.

Esta matriz pode ser realizada de forma simplificada, com um *check-list* de três perguntas:

- (a) a decisão judicial identifica as razões remetidas?;
- (b) ela demonstra pertinência fático-jurídica?;
- (c) ela enfrenta os argumentos relevantes apresentados pelas partes para a solução do caso?

A falha em qualquer um desses itens indica a existência de vício a ser corrigido na decisão judicial.

Assim, ao utilizar a técnica de fundamentação *per relationem*, sugere-se a adoção de um *check-list* de três perguntas, a ser verificado pelo julgador antes da assinatura da decisão:

Pergunta	Sim	Não
1. Identifiquei, no corpo da decisão, a origem exata dos fundamentos remetidos?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2. Demonstrei, em ao menos um parágrafo, a pertinência desses fundamentos aos fatos e às provas do processo?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3. Enfrentei explicitamente todos os argumentos nucleares das partes, ainda que em síntese?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Caso a resposta a qualquer pergunta seja “Não”, recomenda-se complementar a fundamentação. O não atendimento da matriz implica um risco significativo de nulidade (e de eventual cassação da decisão) em grau recursal.

A adoção desses parâmetros uniformiza as expectativas, facilita o trabalho dos sujeitos processuais e fortalece a imagem institucional do Judiciário, ao sinalizar compromisso com a transparência decisória e a fundamentação suficiente.

CONCLUSÃO

A fundamentação *per relationem* não é, em si, inválida. Eventual vício pode ocorrer quando a decisão judicial se limitar à simples colagem de razões alheias, sem diálogo com o caso concreto, o que violar o art. 489, § 1º, do CPC e o art. 93, IX, da Constituição.

Para esse fim, o Tema nº 1.306 dos Recursos Repetitivos do STJ oferece a oportunidade de uniformizar critérios de fundamentação e fortalecer a cultura de precedentes vinculantes.

Além do conteúdo mínimo da fundamentação, a técnica *per relationem* também pode ser utilizada como uma ponte de diálogo entre a primeira instância e os precedentes vinculantes criados pelos tribunais superiores, desde que respeite o princípio do contraditório. Em outras palavras, a técnica pode reforçar a uniformidade e a coerência das decisões

judiciais (art. 926) quando integra uma tese estabelecida em precedente vinculante (art. 927 do CPC). Entretanto, a adesão automática gera o risco de esvaziar o contraditório e violar a exigência de uma *ratio decidendi* transparente e suficiente.

O artigo propõe, como técnica de análise da técnica *per relationem*, uma matriz de verificação com quatro critérios (material, formal, metodológico e *check-list* de verificação), com a individualização mínima dos fatos e provas e a incorporação de modo transparente e específico, a fim de efetivar a economia processual sem sacrificar a fundamentação.

Ao conjugar a metodologia com a atenção às demandas de eficiência, a proposta busca contribuir para que a fundamentação *per relationem* deixe de ser fonte de nulidades e passe a funcionar como instrumento legítimo e transparente de uniformização jurisprudencial, uma meta que a futura tese do precedente vinculante a ser elaborado no Tema nº 1.306 dos Recursos Repetitivos do STJ poderá transformar em legado para o sistema de justiça nacional.

REFERÊNCIAS

- CARDOSO, Oscar Valente. A motivação *per relationem* inversa nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 144, p. 53-62, mar. 2015.
- CARDOSO, Oscar Valente. **As três vinculações da fundamentação das decisões judiciais no processo civil**: pedidos, provas e precedentes. São Paulo: Dialética, 2022.
- CARDOSO, Oscar Valente. Fundamentação *per relationem* das decisões judiciais: características e limites. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 136, p. 81-88, jul. 2014.
- CARPI, Federico; TARUFFO, Michele (coord.). **Commentario breve al Codice di Procedura Civile**. 7. ed. Padova: Cedam, 2012.
- CLINI, Alberto. **La forma semplificata della sentenza nel “giusto” processo amministrativo**. Padova: Cedam, 2009.
- COEN, Leopoldo. **Disparità di trattamento e giustizia amministrativa**: principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza. Torino: G. Giappichelli, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno;
VACCARELLA, Romano (coord.). **Commentario del Codice di
Procedura Civile**. Torino: Utet Giuridica, 2012. v. 2.

DONATO, Flora Di. **La costruzione giudiziaria del fatto**: il ruolo della
narrazione nel 'processo'. Milano: FrancoAngeli, 2008.

VERDE, Giovanni. **Il difficile rapporto tra giudice e legge**. Napoli:
Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

SAÚDE TEM PREÇO? UMA ANÁLISE
SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DO
DANO EXISTENCIAL CAUSADO PELA
INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE
HIGIEDEZ LABORAL

Raíssa Maria Falcão Costa

SAÚDE TEM PREÇO? UMA ANÁLISE SOBRE A QUANTIFICAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL CAUSADO PELA INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DE HIGIEDEZ LABORAL*

DOES HEALTH HAVE A PRICE? AN ANALYSIS OF THE QUANTIFICATION OF THE EXISTENTIAL DAMAGE CAUSED BY THE INOBSERVANCE OF WORK HIGIDITY STANDARDS

Raíssa Maria Falcão Costa

Doutoranda em Direitos Humanos e Desenvolvimento pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ - UFPB). Mestre em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ - UFPB). Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdades Damásio. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdades Damásio. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 13ª Região.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A EVOLUÇÃO DA SAÚDE NA SEARA LABORAL. 2 MEIO AMBIENTE LABORAL E ACIDENTES DE TRABALHO. 3 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. 4 DANO EXISTENCIAL AO TRABALHADOR POR INOBSERVÂNCIA DE NORMAS OCUPACIONAIS. 5 TARIFICAÇÃO DO DANO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA A SER ENFRENTADO? 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

SUMMARY: INTRODUCTION. 1 THE EVOLUTION OF HEALTH IN THE LABOR SECTOR. 2 WORK ENVIRONMENT AND WORK ACCIDENTS. 3 EMPLOYER RESPONSIBILITY. 4 EXISTENTIAL DAMAGE TO THE WORKER DUE TO BREACH OF OCCUPATIONAL RULES. 5 DAMAGE PRICING: SOLUTION OR PROBLEM TO BE ADDRESSED? 6 CONCLUSION. REFERENCES.

RESUMO

A saúde do trabalhador é um tema relevante, em razão das inúmeras normas protetivas existentes e, em contrapartida, da recorrente inobservância de tais normas por parte da classe empresarial. Conquanto os princípios da prevenção e da dignidade humana sejam os norteadores das questões ocupacionais, ainda enfrentam muita resistência por parte dos empregadores. Com efeito, em consonância com a teoria da responsabilidade objetiva, quem causa risco a outrem deve arcar com a indenização pelo prejuízo causado. A questão é como arbitrar o valor indenizatório, para então compensar o trabalhador pelo dano e ilidir condutas recorrentes e semelhantes às do empregador. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a quantificação do dano existencial causado à saúde do

trabalhador por inobservância das normas protetivas. Para tanto, busca-se responder a seguinte questão: para fixação do valor do dano existencial, é possível quantificar o dano à saúde do trabalhador por meio dos parâmetros objetivos do art. 223-G, § 1º, da CLT? Formulou-se como hipótese deste estudo a tese de que a saúde não pode ser precificada, mas sim valorada, com vistas a uma adequada punição ao agente da conduta danosa. A fim de desenvolver o corrente artigo, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa de que para se arbitrar o dano existencial, deve-se analisar o impacto que a conduta danosa teve na sua vida como um todo, sobretudo na frustração da sua liberdade pessoal.

Palavras-chave: saúde; meio ambiente do trabalho; responsabilidade do empregador; dano existencial; quantificação do dano.

ABSTRACT

Workers' health is a relevant issue, due to the numerous existing protective rules and, on the other hand, the recurrent failure to comply with such rules by the business class. Although the principle of prevention and human dignity guide occupational issues, they still face much resistance from employers. Indeed, in line with the theory of strict liability, whoever causes risk to others must bear the compensation for the damage caused. The question is how to arbitrate the indemnity amount, to then compensate the worker for the damage and rebut recurrent and similar conducts to those of the employer. In this sense, the present work aims to analyze the quantification of the existential damage caused to the worker's health due to non-observance of protective norms. Therefore, we seek to answer the following question: in order to establish the value of the existential damage, it is possible to quantify the damage to the worker's health through the objective parameters of art. 223-G, § 1, CLT? The hypothesis of this study was formulated as the thesis that health cannot be priced, but valued, with a view to an adequate punishment for the agent of harmful conduct. In order to develop the current article, the hypothetical-deductive method of approach will be used, starting from the premise that to arbitrate the existential damage, one must analyze the impact that the harmful conduct had on his life as a whole, above all in the frustration of their personal freedom.

Keywords: health; work environment; employer's responsibility; existential damage; damage quantification.

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde constitui uma das principais conquistas do processo de redemocratização do país, haja vista ser dever do Estado e direito de todos os que se encontram em território nacional, assegurando assim a socialização dessa garantia, necessária a qualquer ser humano.

Na seara trabalhista não poderia ser diferente, em razão de ser um dos direitos mínimos garantidos ao obreiro, constantes no rol dos direitos sociais (art. 6º, *caput*, da CRFB/88). Pode-se dizer, inclusive, que a primeira luta dos trabalhadores foi pela saúde, em razão de as reivindicações primeiras dizerem respeito à redução da jornada laboral, que tem impacto direto sobre a saúde e qualidade de vida do obreiro.

Entretanto, ainda há muito o que avançar, pois a abstração normativa não garante cumprimento das normas protetivas, fato que ainda contribui consideravelmente para o acréscimo no nível de agravos laborais (acidentes e doenças ocupacionais). Ante a continuidade de violações à pessoa do trabalhador, é normal que outras categorias de dano exsurjam no tecido social, merecendo especial atenção quanto ao modo de ressarcimento.

Cumprе mencionar, o dano existencial, categoria integrante do gênero “danos extrapatrimoniais”, traz uma nova perspectiva sobre a violação à esfera de direitos do trabalhador, à medida que concerne à frustração de projetos de vida e interferência na vida de relações do trabalhador, impactando diretamente no poder de autodeterminação e autorrealização do obreiro, bem como de sua liberdade pessoal. Assim, a nova modalidade de dano também carece de apreciação no que se refere ao seu arbitramento.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar a quantificação do dano existencial causado à saúde do trabalhador por inobservância das normas protetivas. Para tanto, elaborou-se o seguinte questionamento: para a fixação do valor do dano existencial, é possível

quantificar o dano à saúde do trabalhador por meio dos parâmetros objetivos do art. 223-G, § 1º, da CLT? A partir disso, formulou-se como hipótese deste estudo a tese de que a saúde não pode ser precificada, mas sim valorada, com vistas a uma adequada punição ao agente da conduta danosa.

Com vistas a alcançar os objetivos deste artigo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, partindo-se da premissa de que para se arbitrar o dano existencial, deve-se verificar o impacto que a conduta danosa teve na vida do trabalhador como um todo, sobretudo na frustração da sua liberdade pessoal. Como métodos de procedimento, foram manejados o histórico, o comparativo e o monográfico. Ademais, adotou-se como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a documental.

Para o desenvolvimento da temática, dividiu-se o artigo em 5 (cinco) seções: a primeira, dissertando sobre a evolução da saúde na seara laboral; a segunda, tratando das questões atinentes ao meio ambiente de trabalho e aos infortúnios laborais; a terceira, apresentando as teorias sobre a responsabilidade do empregador; a quarta, abordando sobre o dano existencial por inobservância das normas de higiene laboral; a quinta e última, analisando sobre os parâmetros objetivos atuais para quantificação do dano extrapatrimonial, além da possibilidade de quantificação do dano existencial à saúde do trabalhador.

1 A EVOLUÇÃO DA SAÚDE NA SEARA LABORAL

O trabalho passou por diversas mudanças na compreensão do seu sentido ao longo da história humana.

Na Antiguidade, o trabalho era encarado como função própria dos escravos, não podendo ser desenvolvido pelas classes mais abastadas. Posteriormente, o trabalho também passou a ser atribuição dos servos, o que se nota, principalmente, no contexto do feudalismo. Mais à frente, com o advento da Industrialização, o trabalho passou a ser meio de exploração, evidenciando a luta de classes existente, sendo o domínio dos modos de produção o sinônimo de poder da época. Por fim, com a valorização internacional do labor, por meio do corolário normativo que se formava, o trabalho passou a constituir um direito que exige dignidade em sua execução.

Fato é que, da precariedade à dignificação, o labor enfrentou várias fases até ser encarado como um instrumento de autoafirmação do indivíduo perante a sociedade. Atualmente, mesmo com a nítida precarização do trabalho, por meio da desregulamentação normativa, flexibilização, novas tecnologias que suplantam o trabalho humano, o trabalho ainda ocupa papel privilegiado na vida das pessoas, sendo mais que um meio de sobrevivência: é a concretização da utilidade do ser humano.

Nessa esteira, as discussões que cercam o labor jamais podem se esquivar da preocupação em assegurar a saúde e a segurança do trabalhador, haja vista que sem tais garantias não se pode executar os serviços de maneira plena e eficaz. À vista disso, apresenta-se um panorama acerca da evolução da saúde do trabalhador, a fim de respaldar o presente estudo.

Nos tempos antigos, os fatos negativos que ocorriam na vida das pessoas eram entendidos como castigos e punições dos deuses por faltas cometidas pelos seres humanos. Não havia, portanto, uma consciência sobre a relação entre ocorrência de doenças em razão do trabalho desempenhado.

Vale dizer, os romanos foram os primeiros a estabelecer a relação entre trabalho e doenças, sendo os mineiros e metalúrgicos os que inicialmente foram alvos de estudo sobre as doenças ocupacionais (Oliveira, 2002, p. 58). A partir de então, novos estudos foram sendo realizados, o que enriqueceu o conhecimento no campo das doenças oriundas do trabalho.

A questão da saúde do trabalhador também passou por etapas que fizeram evoluir o tratamento e a prevenção das doenças e acidentes de trabalho, sendo tratadas por Oliveira (2002) da seguinte forma: medicina do trabalho, saúde ocupacional, saúde do trabalhador e qualidade de vida do trabalhador.

De acordo com os ensinamentos de Oliveira (2002, p. 66-67), a etapa da medicina do trabalho teve início por volta de 1830, quando Robert Dernham, empresário de indústria têxtil procurou um médico inglês, Robert Baker, para orientação acerca do tratamento das condições de saúde de seus trabalhadores. O médico asseverou que ao profissional da medicina cabia detectar o efeito do trabalho nas pessoas e como prevenir os efeitos negativos.

Nessa etapa, o médico atende o trabalhador doente, com o tratamento adequado, mas sem realizar uma anamnese sobre as causas da enfermidade. Além disso, o médico seria pessoa de alta confiança do empresário e com a responsabilidade de tratamento dos trabalhadores doentes para prevenir danos oriundos do trabalho.

No que concerne à etapa da saúde ocupacional, remonta a 1950, com a consciência pós-2ª Guerra que inebriava a população com princípios mais humanitários e fraternos, mediante a adequação de todo contexto social ao parâmetro da dignidade. Assim, buscou-se entender melhor a ambiência na qual estava inserido o trabalhador, não apenas tratando o doente, mas adequando o ambiente de trabalho para redução dos riscos laborais. Por conseguinte, a intervenção multiprofissional para melhoria do ambiente de trabalho deu início à higiene ocupacional, revolucionando a antiga configuração de meio ambiente laboral e trabalhador (Oliveira, 2002, p. 70).

Quanto à etapa da saúde do trabalhador, a ideia não era apenas ter a atuação do empresário na consecução de medidas formais de prevenção a acidentes e doenças ocupacionais, mas principalmente do trabalhador. Com a reivindicação dos próprios obreiros e o aumento do nível de acidentalidade, a preocupação com a saúde do trabalhador alcançou patamar internacional, sobretudo com a intervenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Com isso, na década de 1970, a Organização criou o Programa Internacional para o Melhoramento das Condições e do Meio Ambiente de Trabalho – PIACT, voltado a fomentar programas locais de melhoria de condições do meio ambiente laboral, analisando aspectos de segurança e higiene, ergonomia, jornada de trabalho, dentre outros (Oliveira, 2002, p. 74-75).

Entrementes, pode-se destacar ainda, o advento da Convenção n. 155, da OIT, responsável por estabelecer parâmetros sobre saúde e segurança do trabalhador e da Convenção n. 161, da OIT, que estabelece orientações sobre os serviços de saúde do trabalho.

Por fim, chega-se à etapa da qualidade de vida do trabalhador, que teve início na década de 1980. Nesta, o cuidado se volta a uma análise global da pessoa do trabalhador, bem como dos aspectos que envolvem o trabalho e a vida do obreiro, como as relações travadas na empresa, a duração do trabalho, a remuneração, a possibilidade de crescimento na empresa, o bem-estar geral do obreiro. Muito mais que a garantia de saúde do trabalhador, “busca-se a integração deste com o homem, o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida” (Oliveira, 2002, p. 81).

A etapa em comento representa um verdadeiro avanço nos estudos da saúde laboral, tendo em vista que, ao se assegurar qualidade de vida no trabalho, gera-se o bem-estar e a satisfação no obreiro, que passa a desempenhar o labor com maior cuidado e empenho. Com isso, o trabalhador, estando mais disposto física e mentalmente, passa a ter maior produtividade, atenção e responsabilidade na execução do trabalho.

Afora as etapas de evolução da saúde do trabalhador, é imprescindível tratar sobre as normas que representam progresso no tratamento das questões de saúde e segurança ocupacionais no âmbito normativo.

Como a Revolução Industrial teve seu estopim na Inglaterra, coube a esse país ser pioneiro na seara de proteção do trabalhador, surgindo, já em 1802, a Lei de Saúde e Moral dos Aprendizes (*Moral and Health Act*), que dispunha sobre a limitação de jornada a 12 horas diárias, vedação de trabalho noturno e adoção de medidas de higiene, como lavar as paredes da fábrica duas vezes ao ano.

Ainda na Inglaterra, foi editado o *Factory Act*, em 1830, abarcando todas as empresas têxteis, proibindo o trabalho noturno a menores de 18 anos e definindo a idade mínima para o trabalho de crianças (9 anos de idade).

Posteriormente, surgem as primeiras leis acidentárias na Alemanha, por volta de 1884, que tratavam da criação de seguros acidentários para

amparar trabalhadores durante a incapacidade laboral. O formato do seguro alemão inspirou o mundo, inclusive o atual Seguro de Acidentes de Trabalho – SAT brasileiro, previsto no inciso XXVIII, art. 7º, CRFB/88 (Brasil, 1988) como direito do trabalhador.

Outrossim, não se pode olvidar da relevância da Encíclica *Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII, em 1891, a qual tinha como pilar a justiça social, dirigindo-se, especialmente, à classe empresária, a fim de suscitar o tratamento mais digno do trabalhador e alcançar a paz social.

Por último, não se pode deixar de mencionar a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, da Organização Mundial da Saúde, em 1946 e da Organização das Nações Unidas, em 1945, todas voltadas à garantia da paz, humanização, dignidade e garantia de melhores condições de vida para todos os cidadãos.

Na conjuntura brasileira, também houve a ascensão do cuidado com a saúde e a segurança do trabalhador e das questões que envolvem a dignidade no trabalho. Assim, pode-se citar o Decreto Legislativo n. 3.724/1919, que regulava as obrigações decorrentes de acidentes de trabalho e o Decreto n. 61.784/1967 que aprovou o Regulamento do Seguro Acidentário.

Afora tais legislações, a Constituição de 1988 foi o grande marco brasileiro na implantação das questões de hígidez laboral, pois elevou a saúde a direito social (art. 6º, da CRFB/88), instituiu o compromisso da redução de riscos no trabalho (inciso XXII, art. 7º, da CRFB/88), pautou a ordem econômica na valorização do trabalho humano e com a finalidade de garantir existência digna a todos, conforme a justiça social (art. 170, da CRFB/88), situou a saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196, da CRFB/88), alçou o meio ambiente de trabalho na perspectiva do meio ambiente em geral (arts. 200, VIII c/c art. 225, da CRFB/88).

Além das normas precitadas, surgiram leis previdenciárias, como a Lei n. 8.212/91 e Lei n. 8.213/91, que passaram a disciplinar o custeio dos benefícios previdenciários e questões atinentes, além da Lei do Sistema Único de Saúde - Lei n. 8.080/90, voltada a regular o sistema público de saúde, dentre outras matérias.

2 MEIO AMBIENTE LABORAL E ACIDENTES DE TRABALHO

A proteção do meio ambiente é um dos principais direitos salvaguardados pelo ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo que também constitui um dos deveres mais relevantes. Isso porque, estando sob a égide do meio ambiente, somos todos elementos que dele se nutrem, mas também vulneráveis ao seu desordenamento.

De acordo com a Lei n. 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, no inciso I, do art. 3º (Brasil, 1981), o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas acepções (Brasil, 1981). Outrossim, no inciso III do mesmo artigo, a poluição é definida como sendo a degradação ambiental, oriunda de atividades que, de modo direto ou indireto, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população (Brasil, 1981).

A tutela ao meio é tão imprescindível, a ponto de o legislador constituinte originário ter definido a competência comum a todas as esferas de poder para protegerem o ambiente e combaterem a poluição em suas diversas formas, nos termos do inciso VI, art. 23, da CRFB/88 (Brasil, 1988). Outrossim, o art. 225, da CRFB/88 (Brasil, 1988) insere no sistema jurídico brasileiro o compromisso intergeracional de proteção ao meio ambiente, alçando a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental.

Nessa esteira, o local de trabalho também pode ser encarado como um meio ambiente, no qual se travam relações decorrentes do exercício do labor e que, para sua preservação, todos os que nele se inserem devem cooperar para manter a qualidade de vida. Por oportuno, o inciso VIII, art. 200, da CRFB/88 (Brasil, 1988) reforça o compromisso constitucional de que o meio ambiente do trabalho deve ser protegido, inclusive sendo competência do Sistema Único de Saúde colaborar para sua proteção.

Se os elementos do meio ambiente por ele encontram-se amparados, a proteção ao todo inclui seus elementos. A título de exemplo, se a proteção ambiental, quando se fala de natureza, volta-se à tutela da

fauna e flora, no caso da proteção ao meio ambiente de trabalho, a tutela primordial destina-se ao elemento humano: o trabalhador. Destarte,

a proteção do meio ambiente do trabalho está vinculada diretamente à saúde do trabalhador enquanto cidadão, razão por que se trata de um direito de todos, a ser instrumentalizado pelas normas gerais que aludem à proteção dos interesses difusos e coletivos (Melo, 2004, p. 31).

Entretanto, como qualquer ambiente, o local de prestação de serviços guarda, por si só, riscos inerentes ao tipo de atividade econômica desenvolvida pela empresa e labor desempenhado pelo trabalhador. Por tal motivo, eventos danosos podem ocorrer durante o exercício do trabalho, decorrentes de acidentes e doenças que atentam contra a saúde e a vida do trabalhador.

Segundo Brandão (2015, p. 123-124), enquanto o acidente tem como característica a natureza súbita e imprevista, nas doenças não há instantaneidade, havendo um certo lapso temporal até a sua manifestação visível. Ambos os infortúnios causam um sem número de prejuízos ao obreiro, que fica incapacitado para o trabalho, seja temporária ou permanentemente.

Acerca dos acidentes, estes se dividem nas seguintes categorias: a) acidente típico; b) doenças ocupacionais; c) acidentes por equiparação.

Os acidentes típicos compreendem aqueles que podem ocasionar morte, perda ou redução da capacidade laboral, oriundos de lesão corporal ou perturbação funcional, de acordo com o art. 19, da Lei n. 8.213/91 (Brasil, 1991). Os exemplos mais evidentes são: corte, laceração, fraturas, distensão, contusão, queimadura, esmagamento e morte.

As doenças ocupacionais ou acidentes atípicos se bifurcam em doenças profissionais e doenças do trabalho. As doenças profissionais, ergopatias ou tecnopatias dizem respeito àquelas desencadeadas em razão do exercício de determinada atividade, da técnica de trabalho desenvolvida. Conforme destaca Brandão (2015, p. 167), as doenças profissionais “são em regra, causadas por agentes físicos, químicos ou biológicos peculiares a determinadas funções e caracterizadas, como tais, na lei”. São exemplos

dessa espécie de doença ocupacional: a bagaçose (trabalho em canaviais); a silicose (labor com pó de sílica); e a Lesão por Esforço Repetitivo (LER) ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT), que atingem o trabalho com movimentos repetitivos, como digitadores.

Não obstante tais doenças profissionais constituírem risco natural da própria atividade desenvolvida, o meio eficaz de evitá-las é a observância dos limites de tolerância aos agentes nocivos que estão previstos nas normas técnicas e a utilização correta dos equipamentos de proteção necessários (Pacheco, 2016, p. 50).

Já as doenças do trabalho ou mesopatias, compreendem aquelas que não são imanes a uma função específica, mas que ocorrem em razão das condições especiais e desfavoráveis à saúde do trabalhador. Ou seja, as doenças do trabalho relacionam-se com o grau de insalubridade do ambiente no qual o trabalhador exerce seu labor. À guisa de ilustração, podem ser citadas as alergias respiratórias, o estresse, a tuberculose, dentre outras.

Convém ressaltar que, segundo o § 1º, art. 20, da Lei n. 8.213/91 (Brasil, 1991), não são consideradas como doenças do trabalho as seguintes: a doença degenerativa; a inerente a grupo etário; a que não produza incapacidade laborativa; a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, exceto quando comprovado que resulta de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Demais disso, a legislação previdenciária confeccionou uma lista dos agentes nocivos causadores de doenças ocupacionais e as atividades que contêm risco de contaminação com agentes patológicos, que estão elencados no Anexo II, do Decreto n. 3.048/99 (Brasil, 1999). Tais agentes nocivos abarcam as seguintes categorias: físicos (ruído, calor, frio, ar comprimido, radiações ionizantes); químicos (amianto, mercúrio, bromo, sílica livre); biológicos (microrganismos em geral, fungos, bactérias, vírus); e poeiras orgânicas (algodão, linho, cânhamo, sisal). No entanto, cumpre esclarecer que, apesar da previsão normativa, a jurisprudência pátria compreende que o rol é meramente exemplificativo, pois se houver comprovação do nexo etiológico entre doença e trabalho, poderá haver o enquadramento

como doença ocupacional, nos termos do § 2º, art. 20, da Lei n. 8.213/91 (Brasil, 1991).

Importante ressaltar que a diferença fulcral entre os dois tipos de doença ocupacional é o nexa etiológico entre a doença adquirida e o trabalho desempenhado. Segundo Cairo Júnior (2015, p. 60), nas doenças profissionais, o nexa é presumido, salvo prova em contrário da empresa, enquanto nas doenças do trabalho cabe ao próprio trabalhador a comprovação do nexa. Ainda, consoante o mesmo autor, a presunção do nexa não pode ser confundida com presunção de culpa, haja vista na seara infelizmente viger a teoria da responsabilidade civil objetiva.

Por fim, os acidentes por equiparação estão dispostos no art. 21, da Lei n. 8.213/91 (Brasil, 1991) e englobam: a) as concausas; b) o acidente sofrido pelo segurado no local e horário de trabalho, em consequência de ato de agressão, ofensa física intencional, desabamento e demais casos fortuitos ou de força maior, dentre outros; c) a doença proveniente de contaminação acidental do empregado; d) o acidente sofrido fora do local e horário de trabalho, em viagem a serviço da empresa, entre outras hipóteses; e) o acidente de trajeto ou *in itinere*, que ocorre enquanto o trabalhador realiza o trajeto casa-trabalho ou vice-versa¹.

Com relação às concausas, podem ser anteriores, simultâneas ou posteriores ao acidente, porém concorrem para a morte do segurado, redução ou perda de sua capacidade para o trabalho ou contribuem para lesão que exija atenção médica para sua recuperação. Exemplo de concausa apresentado por Pacheco (2016, p. 53), é o do trabalhador hipertenso que sofre um AVC em razão de uma discussão intensa com um colega de trabalho, estando configurado, portanto, o acidente de trabalho.

Em que pese os inúmeros riscos presentes em um ambiente de trabalho, todos devem cooperar para a minoração dos efeitos causados por

¹ Com a edição da Medida Provisória n. 905/2019, referente ao “Programa Verde e Amarelo”, a alínea d, inciso IV, do art. 21, Lei n. 8.213/91 foi revogada, retirando do acidente de trajeto o seu caráter do acidente de trabalho por equiparação. Todavia, encerrada a vigência da referida Medida, o comando normativo citado retomou sua vigência com a mesma configuração anterior. Assim, atualmente, o acidente de percurso é considerado acidente de trabalho por equiparação.

agentes nocivos, inclusive respeitando as normas protetivas. À vista disso, a Constituição de 1988, no inciso XXII, do art. 7º (Brasil, 1988) preconiza como direito trabalhista a redução de riscos, por meio da observância de normas de saúde, higiene e segurança, que devem ser respeitadas por todos os partícipes do meio ambiente laboral.

Aliás, nos termos do art. 19, §§ 1º e ss., da Lei n. 8.213/91 (Brasil, 1991), cumpre à empresa orientar os trabalhadores acerca dos riscos da atividade e implementar medidas individuais e coletivas para assegurar a incolumidade físico-psíquica do trabalhador, sob pena de ser punida com multa. Portanto, é direito do trabalhador ter a informação sobre os riscos aos quais está exposto e ao empregador cumpre o dever da informação e da implantação das medidas protetivas imprescindíveis à redução dos riscos laborais.

3 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Um meio ambiente de trabalho que oferece proteção ao trabalhador é aquele que, antes de tudo, os próprios obreiros e seus superiores obedecem às normas de hígidez laboral, inclusive quanto à correta utilização dos equipamentos de proteção imprescindíveis à redução dos efeitos negativos causados pelos agentes nocivos.

Contudo, os números alarmantes de infortúnios laborais demonstram que ainda se vive em uma cultura acidentária, na qual se entende que prevenção é gasto, e não investimento. Prova disso é que, em consulta à plataforma ao Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho (OIT, 2020), no município de João Pessoa – PB, durante o período de 2012-2018, foram registrados 5.578 auxílios-doença por acidente de trabalho, o que demonstra a fragilidade na proteção da saúde e da segurança do trabalhador.

Nesse horizonte, é indispensável o estudo sobre a responsabilidade do empregador quanto aos riscos ambientais do trabalho.

De início, a teoria da responsabilidade se pautava na aferição da culpa, em que caberia à vítima a comprovação do elemento culpa e do causador do dano. Ocorre que, durante a Revolução Industrial, época na qual não vigia um sistema normativo de proteção ao trabalhador, o

número de acidentes de trabalho foi espantoso e não havia uma rede de apoio ao trabalhador acidentado que permitisse o amparo social no caso de incapacidade laboral.

Sendo assim, aduz Rui Stoco (2013, p. 213) que, ante a dificuldade de o trabalhador conseguir comprovar a culpa do empregador nos acidentes de trabalho ocorridos, a teoria subjetiva da culpa não mais se adequava ao contexto, passando a vigor a teoria da culpa presumida, com a inversão do ônus da prova, na tentativa de viabilizar a reparação àquele que sofreu o dano.

Posteriormente, a teoria da responsabilidade passou a propiciar o ressarcimento do dano, e não a culpabilidade do ato. Tais mudanças foram acompanhadas pelo Direito Civil brasileiro, pois o Código Civil de 1916 privilegiava a responsabilidade subjetiva e que foi adotada como regra no Código Civil de 2002, de acordo com os arts. 186 c/c 927, do CC (Brasil, 2002), mas avançando quanto às possibilidades de alargamento de responsabilidade objetiva, como é a constante no parágrafo único, do art. 927, do CC (Brasil, 2002).

No entanto, é importante ressaltar que a responsabilidade objetiva não significa uma responsabilidade sem culpa, mas que prescinde desta (Farias, Netto e Rosenvald, 2018, p. 964), pois o paradigma objetivo não demanda a coexistência de culpa, dano, nexos causal, mas sim o dano e quem o provocou.

Em ambas as doutrinas, há elementos que precisam ser considerados, a fim de se alcançar a finalidade precípua da responsabilidade civil, que é o ressarcimento pelos danos causados, havendo completude entre as teorias subjetiva e objetiva de responsabilidade:

Se, de um lado, a proteção da vítima é prioridade, de sorte que a dificuldade da prova da culpa não pode torná-la irressarcida; de outro, não se pode - invariavelmente e em qualquer circunstância - impor obrigação a quem não a deve, nem se lhe pode transferir o dever de responder por algo de que não participe, nem há razão jurídica para que seja eleito responsável através da responsabilidade objetiva e da teoria da responsabilidade pelo fato de outrem (Stoco, 2013, p. 215).

Ocorre que, nos casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, haverá a obrigação de reparar o dano causado, nos termos do parágrafo único, do art. 927, do CC (Brasil, 2002). Nesse ínterim, surgiu a teoria do risco, que não busca imputar a culpa a alguém, mas encontrar um responsável pela reparação, conferindo mais ética à responsabilidade civil (Farias, Netto e Rosenvald, 2018, p. 964).

Sendo assim, passa-se a analisar as teorias sobre a natureza do risco, que ensejam a responsabilidade objetiva para o empregador.

A teoria do risco-proveito dispõe que aquele que cria um risco para se beneficiar, ou seja, para proveito próprio, deve arcar com a reparação pelos danos causados em razão dos lucros percebidos (Brandão, 2015, p. 227). Já a teoria do risco profissional, se refere ao dever de indenizar em virtude do dano causado no exercício da profissão.

A teoria do risco criado compreende o dever de indenizar quando, pelo exercício da função, o risco é criado, diferenciando-se da teoria do risco-proveito, pois prescinde do dever de reparação em virtude de vantagem ou proveito próprio. Por outro lado, a teoria do risco integral se pauta no fato de que independente do que concorreu para o dano, o dever de indenização advém da ocorrência deste. Nesse caso, o dever de ressarcimento surge, ainda que as circunstâncias evidenciem a existência de uma excludente do nexos causal (Farias, Netto e Rosenvald, 2018, p. 968).

Outrossim, Cláudio Brandão (2015, p. 230) ainda faz referência a dois tipos de risco: o de autoridade e o excepcional. No primeiro, o dever de ressarcimento surge do dano causado ao trabalhador ao cumprir ordem do empregador, enquanto o segundo alude ao dever de indenizar quando do exercício de atividades que geram excepcional risco, como é o caso de atividades que envolvem energia elétrica de alta tensão, explosivos e material radioativo.

Sendo assim, como é dever do empregador informar sobre os riscos do trabalho e implementar medidas protetivas no ambiente laboral, em ocorrendo algum infortúnio laboral, o empregador deve ser responsabilizado, pois é seu compromisso a minoração dos agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho.

Vale dizer, a responsabilidade do empregador tanto pode se reverter em indenização individual para o trabalhador que sofreu o dano, nos termos do inciso XXII, do art. 7º (Brasil, 1988); como coletiva, por meio da atuação do Ministério Público do Trabalho, quando ajuíza ação civil pública, por exemplo; como previdenciária, pois quando ocorre negligência quanto às normas padrão de saúde e segurança do trabalho que ocasione acidentes ou doenças ocupacionais, é dever da Previdência ajuizar ação regressiva acidentária, nos termos do inciso I, do art. 120, da Lei n. 8.213/91 (Brasil, 1991) perante os responsáveis, para se ressarcir dos custos com a implantação de benefícios previdenciários por incapacidade, como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez.

4 DANO EXISTENCIAL AO TRABALHADOR POR INOBSERVÂNCIA DE NORMAS OCUPACIONAIS

Em geral, os danos causados podem ser de ordem material ou imaterial. Os danos materiais causam notório prejuízo pecuniário, podendo afetar diretamente bem jurídico de natureza econômica, como por exemplo a ausência de pagamento de horas extras devidamente prestadas. Por outro lado, os danos imateriais são os que repercutem na órbita imaterial do sujeito, atingindo personalidade ou o próprio corpo físico.

Nesse sentido, os danos imateriais abarcam os danos morais, danos estéticos, danos biológicos e danos existenciais.

Os danos estéticos causam sequelas visíveis no corpo, podendo causar alteração física contundente, causando um sentimento de repulsa na vítima e para quem a observa. Esse tipo de dano “pode causar desfiguração física capaz de comprometer o seu desempenho no trabalho e até mesmo a sua vida familiar e social” (Brandão, 2015, p. 148). Os danos biológicos são oriundos de lesões causadas por um acidente que, de algum modo, compromete a incolumidade físico-psíquica do trabalhador, como alguma alteração na função específica de órgão (Brandão, 2015, p. 144).

Os danos morais geram ofensa aos direitos da personalidade da pessoa física ou jurídica, tendo uma repercussão íntima, com o sofrimento da vítima, ocorrendo, com frequência, no momento do ato ilícito. Por outro lado, os danos existenciais compreendem a afetação ao projeto de

vida do trabalhador e sua vida de relações, configurando uma necessidade de agir e de se relacionar de forma diversa da pretendida, geralmente se manifestando em momento posterior.

Como este artigo se dedica ao estudo de questões que envolvem os danos existenciais, a presente análise se deterá a essa modalidade de dano.

Conforme aduz Molina (2015, p. 109), “as demais violações de direitos fundamentais que não a dignidade humana diretamente, geram a configuração de novos danos que não se confundem com os danos morais, entre eles os danos existenciais”. Não é que os danos existenciais não afrontem a dignidade, mas decorrem de violação a outros direitos, como o direito ao lazer e à desconexão, que, por consequência, afetam a dignidade humana no trabalhador.

Quanto aos elementos de afetação à existência do trabalhador, cumpre fazer uma diferenciação. O projeto de vida se refere a tudo que envolva objetivos e sonhos da pessoa, compreendendo sua autorrealização por meio da liberdade de escolha. Por exemplo, o trabalhador que tem o sonho de aprender uma língua estrangeira, mas que é constantemente impedido pelo empregador que fica lhe passando tarefas extras para serem realizadas em casa. Já a vida de relações, compreende as relações interpessoais travadas no meio social. Nesse caso, tem-se o exemplo de um empregador que exige que o trabalhador realize horas extras com frequência, o que impede, recorrentemente, que o obreiro acompanhe eventos da vida de seus filhos, como colação de grau, reunião em escola, recebimento de comenda etc.

O Judiciário trabalhista tem se deparado com situações de danos existenciais ao trabalhador, como as citadas nos exemplos. Acerca do reconhecimento da dimensão existencial de danos, colaciona-se a seguir o melhor entendimento da jurisprudência pátria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. SUMARÍSSIMO. DANOS MORAIS EXISTENCIAIS.CONFIGURAÇÃO.

PRESTAÇÃO EXCESSIVA E CONTÍNUA DE HORAS EXTRAS. 1. O Tribunal Regional sustentou que, 'no lapso de tempo considerado foi de 2009 até 2012', a reclamada 'submetia o Reclamante a uma jornada efetiva de quinze e meia horas de trabalho (15h30min)', de segunda a sábado, 'com exíguos 30 (trinta) minutos de descanso, perfazendo dezesseis horas contínuas (16h)'. Nesse contexto, manteve a sentença em que condenada a agravante ao pagamento de indenização por danos morais existenciais **no importe de R\$15.000,00 (quinze mil reais)**. que 'consiste na violação de 2. **As premissas fáticas contidas nos autos demonstram que o reclamante trabalhou durante 16 (dezesseis) horas diárias por 3 (três) anos (de 2009 até 2012), a configurar o dano moral existencial a qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer'** (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p.68). 3. Demonstrados o fato lesivo (prestação excessiva e contínua de horas extras), o dano (a projetos de vida e à vida social) e o nexo de causalidade entre ambos, o deferimento de indenização por danos morais existenciais não implica afronta ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. Precedentes. **DANOS MORAIS. EXISTENCIAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** 1. A Corte Regional consignou que, a fim de **fixar o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para compensação dos danos existenciais sofridos pelo empregado, foram utilizados**

como elementos ‘a intensidade do sofrimento do ofendido; a gravidade, a natureza e a repercussão do sofrimento; a intensidade do dolo do agressor; o grau de culpa do responsável; e a situação econômica e reiteração da conduta’. 2. Com base nessas premissas e nas circunstâncias da espécie, não se visualiza ofensa ao princípio da proporcionalidade passível de ensejar a redução do quantum indenizatório fixado na origem, razão pela qual resta incólume o artigo 5º, V, da Constituição Federal. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (AIRR 147884.2015.5.06.0144. Data de Julgamento: 08/03/2017, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017). (grifos nossos)

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JORNADA EXAUSTIVA. 18 (DEZOITO) HORAS DIÁRIAS DE TRABALHO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. PRESUNÇÃO *HOMINIS*. A controvérsia cinge-se à caracterização ou não do dano moral no caso de jornada exaustiva exigida de motorista profissional de caminhão. No caso dos autos, o Regional consignou que o autor exercia habitualmente as suas funções das 4h às 22h, de segunda a sábado, sem intervalo. Diante dessa premissa fática, o Tribunal concluiu que a evidente extrapolação do limite legal, previsto nos artigos 7º, inciso XIII, da Constituição Federal e 59 e 244, §§2º e 3º, da CLT, causou prejuízo social e familiar do trabalhador, ao interferir significativamente na sua esfera existencial, circunstância que dispensa demonstração por resultar do excesso comprovadamente havido. Esta Corte, tem entendido que a submissão habitual dos trabalhadores à jornada excessiva de labor ocasiona dano existencial, modalidade de dano imaterial e extrapatrimonial, em que os empregados sofrem

limitações em sua vida pessoal, por força de conduta ilícita praticada pelo empregador, exatamente como na hipótese dos autos, importando em confisco irreversível de tempo que poderia legitimamente destinar ao descanso, ao convívio familiar, ao lazer, aos estudos, à reciclagem profissional e a tantas outras situações, para não falarem recomposição de suas forças físicas e mentais naturalmente desgastadas por sua prestação de trabalho. A jornada exorbitante, além de incontroversa, também ficou suficientemente registrada na decisão do Juízo de origem. Assim, fica comprovada a reprovável conduta patronal, com a prática de abuso do poder diretivo, ao exigir jornadas exaustivas de trabalho e restrição dos direitos a descanso e lazer, com óbvias consequências à saúde do obreiro, que se via na contingência de ter que produzir sem poder refazer as energias dispendidas, resultando ofensa aos direitos humanos fundamentais e atingindo-se a dignidade, a liberdade e o patrimônio moral do demandante, o que resulta a obrigação legal de reparar. **Assim, inquestionável que a hipótese dos autos não se trata de mero cumprimento de horas extras habituais, mas de jornada exaustiva, indigna e inconstitucional, sendo extremamente fácil inferir o dano causado ao autor, em razão de a reclamada ter flagrantemente desobedecido as regras de limitação da jornada, o que afastou o direito social ao lazer, previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal.** (Agravo de instrumento 6/11/2017 TST - AIRR - 11208-27.2013.5.12.0014 - Data de publicação: DEJT09/06/2017<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2011208...> 14/15desprovido (AIRR 99919.2014.5.10.0111, Relator Ministro: José Roberto

Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/03/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/03/2017). (grifos nossos)

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. COMPENSAÇÃO. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. **A jurisprudência deste Tribunal Superior vem se posicionando no sentido de que a sujeição do empregado à jornada extraordinária extenuante revela-se como causa de dano existencial, o qual consiste em uma espécie de dano imaterial. A lesão moral se configura no momento em que se subtrai do trabalhador o direito de usufruir de seus períodos de descanso, de lazer, bem como das oportunidades destinadas ao relacionamento familiar, ao longo da vigência do pacto contratual.**

Na espécie, a egrégia Corte Regional, soberana na análise no acervo fático-probatório produzido nos autos, registrou que para a configuração dessa espécie de dano é necessária comprovação do efetivo prejuízo ao convívio social e familiar do trabalhador e, no presente caso, a prova emprestada dificultou esse tipo de demonstração. Assim, concluiu que, apesar da prestação de horas extraordinárias pelo reclamante, não houve prova alguma da lesão objetiva, que não decorre automaticamente do labor suplementar, pois a consequência jurídica, no caso, se resolve nos reflexos de ordem patrimonial, o que tornava indevido o pagamento de compensação por dano existencial. Premissas fáticas incontestas à luz da Súmula 126. Precedentes. Incidência da Súmula nº 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT. Recurso de revista a que não se conhece (TST - RR: 4107420145090654, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de

Julgamento: 13/03/2019, 4ª Turma, Data de Publicação:
DEJT 22/03/2019). (grifos nossos)

Ao analisar os arestos em destaque, percebe-se que a principal discussão dos tribunais não é sobre a presunção de ocorrência do dano pelo simples fato de, por exemplo, o trabalhador praticar horas extras, mas em que medida e extensão essa prática ilustrada atinge o corolário de direitos mínimos do trabalhador, como o direito à vida, à saúde, ao lazer, as liberdades constitucionais, dentre outras.

Nessa senda, para comprovação dos danos existenciais sofridos pelo trabalhador, é suficiente a prova da afronta aos direitos mínimos que repercutem na sua vida pessoal, como, o direito ao lazer, às férias, ao descanso semanal remunerado, à limitação de jornada de trabalho, acesso a atividades educativas, espirituais e de cultura fora do trabalho e à convivência familiar (Molina, 2015, p. 124).

Ou seja, quando comprovado que a liberdade pessoal e o poder de autodeterminação do trabalhador foi afetado em virtude do impedimento do trabalhador de exercer a desconexão do trabalho – o que se vislumbra por meio de afronta aos direitos anteriormente citados –, estará configurado o dano existencial, passível de compensação.

Ainda, conforme explicitam Alvarenga e Boucinhas Filho (2013, p. 242), o dano existencial ainda é mais gravoso quando se percebe que há a troca do direito de desconexão pela contraprestação em pecúnia, como no caso de pagamento de adicionais, posto que a exploração da mão de obra humana ocorre muitas vezes à revelia do trabalhador, sem este perceber que está abdicando de direitos básicos e imprescindíveis à manutenção de um patamar de dignidade mínimo.

5 TARIFAÇÃO DO DANO: SOLUÇÃO OU PROBLEMA A SER ENFRENTADO?

De acordo com as considerações esposadas alhures, o dano extrapatrimonial abarca todas as espécies de danos não patrimoniais, dentre eles o dano existencial. No entanto, exsurge a seguinte questão:

como quantificar o dano extrapatrimonial - no caso do corrente artigo, o dano existencial?

O dever de ressarcimento ou indenização é a finalidade precípua da responsabilidade civil, pois é responsável por restaurar o *status quo* antes da prática da conduta danosa. Quanto aos danos patrimoniais, essa perspectiva é nítida, mas no que se refere aos danos extrapatrimoniais a restauração da conjuntura anterior é praticamente inviável. A título de ilustração, como devolver ao trabalhador as horas de convivência familiar perdidas em virtude da prática frequente de jornada extraordinária?

Por tal motivo, é que se diz que o dano patrimonial tem indenização de natureza ressarcitória, mas no dano extrapatrimonial a indenização tem caráter compensatório, ante a impossibilidade de restauração do estado das coisas anterior à ocorrência do dano, mesmo porque a própria etimologia da palavra indenização (do latim *in dene*) remonta a “voltar ao estado anterior”.

Inclusive, de acordo com os arts. 291 e 292, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015), o autor passou a ter o dever de indicar o valor da causa como o valor que persegue, devendo, no caso de pedido de indenização por danos extrapatrimoniais indicar o proveito econômico desejado, ainda que não se possa aferi-lo de imediato (Farias, Netto e Rosenvald, 2018, p. 942).

Na Justiça do Trabalho, os danos extrapatrimoniais têm se tornado cada vez mais frequentes nas reclamações, o que exige dos magistrados a análise perfunctória da lide, a fim de se alcançar um resultado satisfatório para compensação do dano sofrido, sem, no entanto, causar onerosidade excessiva para o causador do dano.

Para tentar auxiliar na tarefa judicante de quantificar o dano extrapatrimonial – categoria na qual, repita-se, o dano existencial integra –, a Reforma Trabalhista, inaugurada pela Lei n. 13.467/17 (Brasil, 2017) incluiu na Consolidação das Leis Trabalhistas o Título II-A (Brasil, 1943), que trata do dano extrapatrimonial e sua quantificação, sendo as disposições do referido título responsáveis por regerem a reparação de tais danos, segundo o art. 223-A, da CLT (Brasil, 1943).

Consoante o art. 223-B, da CLT (Brasil, 1943), o dano extrapatrimonial é causado por ação ou omissão que atinja a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, sendo estas titulares de eventual reparação. Quanto aos bens jurídicos tutelados, o art. 223-C (Brasil, 1943), abarca a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física, todos esses referentes à pessoa física. No que concerne à pessoa jurídica, o art. 223-D (Brasil, 1943) engloba a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência.

No que diz respeito aos que serão responsabilizados pelos danos extrapatrimoniais, o art. 223-E, da CLT (Brasil, 1943) preconiza que todos os que tenham contribuído para ocorrência do dano, deverão ser punidos, na proporção de sua conduta comissiva ou omissiva. E, ainda, se a mesma conduta lesiva ensejar danos patrimoniais e extrapatrimoniais, pode haver cumulação de pedido de indenização por ambas espécies de danos, conforme o art. 223-F, da CLT (Brasil, 1943).

Ademais, o art. 223-G, da CLT (Brasil, 1943) inovou ao trazer critérios objetivos para a arbitração de danos extrapatrimoniais, quais sejam: natureza do bem jurídico tutelado; intensidade do sofrimento ou da humilhação; possibilidade de superação física ou psicológica; reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão; extensão e duração dos efeitos da ofensa; condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; grau de dolo ou de culpa; ocorrência de retratação espontânea; esforço efetivo para minimização da ofensa; perdão (tácito ou expresso); situação social e econômica das partes envolvidas; grau de publicidade da ofensa. De fato, tais parâmetros são primordiais para se encontrar uma medida mais equânime no momento de fixação do dano.

No entanto, o § 1º, do art. 223-G, da CLT (Brasil, 1943) estabelece parâmetro de fixação do valor da indenização, de acordo com os seguintes parâmetros. Para a ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido. Quando da ocorrência de ofensa de natureza média, a indenização deve ser até cinco vezes o último salário contratual. Nos casos de ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido. Por último, se a ofensa for de natureza

gravíssima, o valor da indenização deve ser até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Consoante o § 2º, do art. 223-G, da CLT (Brasil, 1943), quando o ofendido for pessoa jurídica, a indenização seguirá os mesmos parâmetros do §1º, mas em relação ao salário contratual do ofensor. Por fim, o § 3º, do art. 223-G, da CLT (Brasil, 1943) preconiza que quando houver reincidência entre partes idênticas, o magistrado poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Ocorre que essa parametrização do *quantum* indenizatório pode não ser suficiente a compensar o dano existencial, objeto do presente estudo, eis que o referido prejuízo atinge diretamente o projeto de vida e a vida de relações do trabalhador, aspectos muito íntimos e pessoais, de difícil verificação e que exigem mais que uma mera tarifação legal.

Outrossim, apesar de a legislação trabalhista ter introduzido critérios objetivos para fixação do montante indenizatório, a avaliação da gravidade da natureza da ofensa (leve, média, grave e gravíssima) é deveras subjetiva, constituindo verdadeira cláusula aberta, passível de qualquer interpretação (inclusive, prejudicial ao trabalhador) do intérprete da lei.

Entrementes, renova-se a questão-problema desse estudo: a saúde do trabalhador é passível de precificação por meio da tarifação do dano existencial? Tendo em conta que as violações causadas ao patrimônio existencial do obreiro possam ser quantificadas nos termos do § 1º, art. 223-G, da CLT (Brasil, 1943), o problema da fixação terá sido resolvido pelo Judiciário, mas a finalidade social do dano existencial não. Isso porque o escopo da reparação pelo dano existencial não pode (e nem deve) jamais ser reduzida a uma questão monetária que se soluciona com uma simples tarifação legal, pois o dano existencial deve ser analisado caso a caso, ou seja, individualizado.

Importante consideração é feita por Farias, Netto e Rosenthal (2018, p. 943), quando aludem que o Superior Tribunal de Justiça tem se utilizado do critério bifásico para fixação de danos extrapatrimoniais, por meio não apenas de quantificação, mas de valoração. De acordo com o referido critério, em uma primeira fase o julgador deve se voltar à análise

da conjuntura apresentada, com a verificação se realmente houve o fato lesivo, estabelecendo um valor básico para indenização, por meio do cotejo de precedentes de casos semelhantes. Em um segundo momento, analisa-se como a lesão impactou a vida do trabalhador, qual a extensão do dano, com vistas a quantificar o dano moral.

Alertam os autores que a maior preocupação não deve ser a capacidade financeira da vítima, sob os auspícios da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884, CC), mas em que medida a ofensa praticada gerou prejuízos ao trabalhador e como sua vida se transformou após o evento danoso.

Nesse sentido, a reparação civil não pode ocupar um lugar meramente econômico na seara jurídica, mas de instrumento de transformação para desestimular condutas que desencadeiam danos ao trabalhador, quando este deveria se sentir realizado e seguro na atividade desempenhada. Aliás, esse é o objetivo primordial da constitucionalização do direito e das relações privadas, na tentativa de conferir maior dignidade para manutenção e ordem do convívio social.

A bem da verdade, a saúde do trabalhador não é passível de precificação, visto que quando atingida, impacta toda a incolumidade físico-psíquica do trabalhador, ante a incapacidade laboral, o sentimento de inutilidade e, sobretudo, a dignidade que se espera de qualquer trabalho.

E não é apenas o trabalhador que perde com o dano sofrido, pois a coletividade arca com os dispêndios que uma conduta lesiva lança sobre o tecido social (custos econômicos, previdenciários, do sistema de saúde etc.). Destarte, o meio ambiente laboral possui, por assim dizer, uma natureza difusa, pois os efeitos da agressão à saúde do trabalhador se espraiam não apenas no campo individual, mas sobre a sociedade como um todo (Melo, 2004, p. 32).

Assim, tem-se que o meio ambiente de trabalho não pode ser sinônimo de insegurança, insalubridade e perigo. Muito pelo contrário. O ambiente laboral deve ser local de realização e viabilização dos projetos de vida do trabalhador e facilitador da consecução de seus objetivos para o alcance do projeto constitucional de dignificação das relações sociais.

6 CONCLUSÃO

O estudo conjunto de trabalho e saúde enfrentou diversas fases até chegar à etapa de qualidade de vida do trabalhador, na qual se busca a dignidade no trabalho, a fim de que se obtenha um bem-estar geral do obreiro, o que propicia inclusive maior produtividade e disposição no labor.

Não obstante todo o avanço normativo na área acidentária, o número de agravos laborais (acidentes e doenças ocupacionais) cresce de forma vultosa, demonstrando assim a despreocupação latente dos empresários com as questões atinentes à higidez laboral. Ainda que todo meio ambiente de trabalho contenha riscos inerentes à atividade desenvolvida, não pode haver qualquer tipo de conformação sem o compromisso de minorar os riscos, pois a própria Excelsa Carta prega tal dever, nos termos do art. 7º, inciso XXII, da CRFB/88 (Brasil, 1988).

Com efeito, é dever do empregador implementar medidas protetivas ao trabalhador com vistas a minorar o nível de acidentalidade no ambiente laboral, sob pena de arcar com a responsabilização em diversas vertentes pelos danos causados ao obreiro. Entre estas, situa-se a responsabilidade por ocorrência de danos existenciais, que além da incolumidade físico-psíquica do trabalhador, atinge sua vida pessoal.

Os danos existenciais, portanto, representam uma agressão patente ao poder de autodeterminação e liberdade pessoal do trabalhador, à medida que, por meio de uma conduta do empregador, o trabalhador se priva de certos momentos da vida particular, bem como frustra seus projetos pessoais, reverberando na retardação do processo de desenvolvimento enquanto pessoa.

No entanto, como os danos existenciais ofendem a esfera mais particular do trabalhador, entende-se que os parâmetros objetivos de quantificação objetiva do dano existencial, previstos no art. 223-G, § 1º, da CLT (Brasil, 1943), não parecem ser a melhor solução para proporcionar a compensação ao trabalhador pelo dano sofrido.

Evidente que o melhor instrumento para coibir as condutas empresariais ensejadoras de danos ao trabalhador são as penalidades

financeiras, com o fito de alertar o empresário. Todavia, não se pode reduzir os danos causados à existência do trabalhador a um mero retorno monetário, com a conseqüente precificação de direitos mínimos trabalhistas, como é o direito à saúde do trabalhador.

Vislumbra-se, portanto, que o julgador, no momento de fixação do dano não pode se ater apenas à quantificação, mas à valoração do dano, seguindo o critério bifásico proposto pelo Superior Tribunal de Justiça, sem olvidar da análise da conjuntura realística do trabalhador, no que tange à extensão do dano sofrido e como reverbera na sua vida pessoal.

Destarte, o melhor caminho sempre é investir em medidas preventivas contra acidentes e doenças ocupacionais de trabalho, pois nenhuma indenização, por melhor representação econômica que possua, será capaz de resgatar o tempo perdido e os direitos afrontados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez., 2005, p. 68.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/39828/2013_alvarenga_boucinhas_filho_dano_existencial.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 1 mar. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei 5.542, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm. Acesso em 28 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 4 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 99919.2014.5.10.0111**. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 15 de março de 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 147884.2015.5.06.0144**. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 8 de março de 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 41074.2014.5.09.0654**. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 13 de março de 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BRANDÃO, Claudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2015.

CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético. São Paulo: LTr, 2004.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por jornada de trabalho excessiva: critérios objetivos (horizontais e verticais) de configuração. **Revista TST**, Brasília, v. 81, n. 4, out./dez. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/93093>. Acesso em: 1 mar. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho**: promoção do meio ambiente do trabalho guiada por dados. Disponível em: <https://smartlabbr.org/sst>. Acesso em: 3 mar. 2020.

PACHECO, Iara Alves Cordeiro. **Acidente do trabalho**: causas e consequências da sonegação da CAT. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 1.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL
SOB A PERSPECTIVA VULNERÁVEL DA VÍTIMA

Raphael Penha Hermano

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA VULNERÁVEL DA VÍTIMA*

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT FROM THE VICTIM'S PERSPECTIVE

Raphael Penha Hermano

Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSAL. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Especialista em Advocacia Criminal pela Escola Superior de Advocacia do Maranhão - ESA/MA. Professor Universitário. Advogado. Assessor Jurídico Municipal. Presidente da Comissão de Gestão Pública da OAB/MA Subseção de Santa Inês. Ex-Controlador Geral do Município de Pindaré-Mirim (MA). Ex-Especialista Penitenciário Jurídico da SEAP-MA.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGEM DO TERMO VULNERABILIDADE. 3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. 4 A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NO CONTEXTO DO ANPP. 5 DESAFIOS ENFRENTADOS PELA VÍTIMA NO ANPP. 6 MÉTODOS EQUILIBRADOS PARA PROTEGER A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. 6.1 GARANTIR QUE A VÍTIMA SEJA ADEQUADAMENTE INFORMADA SOBRE O ACORDO PROPOSTO, SEUS DIREITOS E O IMPACTO EM SUA VIDA. 6.2 CONCEDER AO OFENDIDO VOZ ATIVA NO PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO, PERMITINDO QUE ELE EXPRESSE SUAS PREOCUPAÇÕES, FAÇA PERGUNTAS E SEJA OUVIDO. 6.3 DISPONIBILIZAR RECURSOS DE APOIO, COMO ASSISTÊNCIA JURÍDICA E SUPORTE PSICOLÓGICO, PARA A VÍTIMA DURANTE TODO O PROCESSO. 6.4 ESTABELECE CRITÉRIOS CLAROS E OBJETIVOS CONSIDERANDO OS INTERESSES DA VÍTIMA, BEM COMO A GRAVIDADE DO DELITO E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O trabalho ora proposto tem o condão de delinear, pautado nos mais diversos aspectos da noção de vulnerabilidade, o olhar da vítima de um delito quando da admissibilidade de realização do acordo de não persecução penal para o seu caso concreto. O intuito é nutrir reflexão acerca da influência dos traumas deixados pelo crime na afetação de sua autonomia e liberdade de decidir da vítima. Além disso, serão tecidos comentários no tocante à participação efetiva do ofendido no acordo criminal, a possibilidade da ocorrência de prejuízo à aplicação da lei, diante da hipótese de descumprimento do acordo pelo agente delitivo. Como resultado foram abordados os principais mecanismos capazes de mitigar a vulnerabilidade da vítima no acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: direitos fundamentais; vulnerabilidade; acordo de não persecução penal; vítima; justiça restaurativa.

ABSTRACT

The purpose of this work is to outline, based on the most diverse aspects of the notion of vulnerability, the view of the victim of a crime when it comes to the admissibility of a non-prosecution agreement for their specific case. The aim is to encourage reflection on the influence of the traumas left by the crime in affecting the victim's autonomy and freedom to decide. In addition, comments will be made regarding the effective participation of the offended party in the criminal agreement, the possibility of prejudice to the application of the law, in the event of non-compliance with the agreement by the criminal agent. As a result, the main mechanisms capable of mitigating the victim's vulnerability in the agreement not to prosecute were addressed.

Keywords: fundamental rights; vulnerability; non-prosecution agreement; victim; restorative justice.

1 INTRODUÇÃO

A pluralidade de sentidos possíveis para uma mesma palavra permite utilizá-la nas mais diversas implicações e concepções. Sendo assim, dependendo do contexto e da situação na qual foi empregada ser-lhe-á atribuída a devida interpretação. Nesse sentido, são os dizeres de José Flóscolo da Nóbrega (2007, p. 227).

O pensamento, a vontade, o sentimento, quase sempre se exprimem por intermédio de signos. Cada signo tem a significação que é necessário descobrir, precisar, para compreensão da coisa significada. É isso que constitui a interpretação – interpretar é descobrir a significação. Tudo quanto é signo, tudo que tem significação, exige interpretação; interpretam-se o gesto, a palavra, o sinal, a pintura, a música, a obra literária, a fórmula matemática. A lei se exprime por intermédio de signos, palavras escritas que concretizam a norma jurídica. Interpretar a

lei é descobrir sua significação, é descobrir a significação da norma jurídica, de que ela é apenas a expressão verbal. A interpretação é necessária como condição imprescindível à aplicação da lei.

O termo vulnerabilidade tem sido utilizado comumente – às vezes até vulgarizado – nos mais diversos discursos jurídicos. Nesse passo, não é despiciendo ressaltar que quando se fala em ação penal é concebida a ideia da preservação do princípio do devido processo legal – no qual são resguardados todos os direitos e garantias de quem se submete ao crivo da justiça penal – e, conseqüentemente, os olhos estão voltados para a condição vulnerável na qual se encontra o agente que praticou a conduta delitiva. Tal concepção se deve ao fato de que, na grande maioria dos casos, tais pessoas estarem à margem da sociedade.

Contudo, no trabalho em voga, o intuito é contrapor esse enfoque, a fim de fitar os olhos na vítima, sobre quem recai a lesão a um bem jurídico. Ora, como sabido, as sequelas deixadas por um crime interferem diretamente na tomada de decisões do indivíduo ferido, influenciando sua autonomia, em virtude do episódio traumático pelo qual passou.

Desse modo, se faz necessário analisar o acordo de não persecução penal sob a perspectiva vulnerável da vítima e os reflexos deixados pelo crime suportado. Assim, a proposta é analisar a vulnerabilidade do ofendido no contexto do acordo de não persecução penal (ANPP), bem como os desafios que ele enfrenta quando o acordo é proposto e quais os métodos capazes de salvaguardar sua condição de vulnerabilidade.

2 ORIGEM DO TERMO VULNERABILIDADE

Na concepção original, a palavra vulnerabilidade, oriunda do latim, deriva de *vulnus (eris)*, que designa ferida, ou seja, remete à ideia da existência de um lado mais frágil em uma controvérsia.

Nesse sentido, são os sábios ensinamentos trazidos por Maria do Céu Patrão Neves (2006, p. 158):

Assim sendo, ela é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido. Esta significação etimológico-conceptual, originária e radical, mantém-se necessariamente em todas as evocações do termo, na

linguagem corrente como em domínios especializados, não obstante o mesmo poder assumir diferentes especificações de acordo com os contextos em que é enunciado e com a própria evolução da reflexão e da prática bioéticas.

Pois bem, ainda que existam as mais variadas implicações decorrentes da grande abrangência de seus aspectos, o assunto será focalizado sob o viés dos danos psicológicos suportados pela vítima, visto que a concepção da psicologia sobre o conceito de vulnerabilidade é mais ampla, pois o correlaciona com resiliência, de modo a buscar mecanismos que enfrentem situações de risco. Vale ressaltar que cada pessoa reage de um modo quando é submetida a uma situação de abalo emocional, como ocorre quando se é vítima de uma conduta criminosa.

Outrossim, em que pese haver as mais derivadas acepções do termo vulnerabilidade, os danos psicológicos enfrentados pela vítima de um delito a colocam nessa condição, uma vez que as feridas decorrentes do crime sofrido lhe afetam sobremaneira, implicando diretamente em seu discernimento.

No entanto, essa situação de risco na qual se encontra a vítima do crime não se confunde com vulnerabilidade, na medida em que é possível ter sido submetido a um episódio negativo, mas, ainda assim, permanecer lúcido em suas tomadas de decisões.

Por conseguinte, nem toda vítima estará em condição de vulnerabilidade, visto que o episódio deve ser suficientemente capaz de desencadear algum dano que afete o exercício da liberdade e autonomia do indivíduo submetido à eventos negativos.

Por outro lado, é de todo oportuno ressaltar que o aspecto da vulnerabilidade aqui tratado difere da vulnerabilidade social, tendo em vista que esta tem seu alicerce na exclusão, constituindo parâmetros para situações de pessoas que vivem em condições sociais específicas.

Nas lições de Macedo & Kublikowski (2009, p. 692), a vulnerabilidade social, seja de indivíduos, famílias ou comunidades, configura-se como a interação de múltiplos fatores que podem comprometer seu nível de bem-estar, expondo-os de maneira acentuada

a riscos diversos. Dessa forma, trata-se de um conceito multidimensional, visto que a vulnerabilidade pode impactar diferentes esferas do bem-estar de pessoas, grupos e comunidades, manifestando-se de maneiras e intensidades distintas. Ademais, relaciona-se intrinsecamente à capacidade dos envolvidos de gerenciar os recursos necessários para usufruir das oportunidades oferecidas pelo Estado, pelo mercado e pela sociedade.

Na mesma toada, a vulnerabilidade social compreende o desfecho desfavorável da interação entre a disponibilidade de recursos materiais ou simbólicos dos atores, tanto individuais quanto coletivos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais proporcionadas pelo Estado, pelo mercado e pela sociedade (Morais; Raffaelli; Koller, 2012, p. 119).

Nesse contexto, a vulnerabilidade na qual se encontra a vítima do delito, embora inclua, não se restringe a determinado indivíduo ou grupo específico de pessoas, pois o crime pode alcançar a todos, independentemente de idade, convicção religiosa, raça, cor, gênero, orientação sexual, capacidade física e mental, condição econômica, grau de instrução, lugar de origem etc.

Dessa maneira, embora muitas vezes vulgarizada pelo modo corriqueiro como tem sido empregada, mister analisar a vulnerabilidade no presente contexto, haja vista a afetação direta dos danos oriundos do crime na autonomia da vítima.

Portanto, é imperioso destacar que a vítima, pelo trauma psicológico decorrente do crime sofrido, isto é, submetida a uma situação negativa, está, no acordo de não persecução penal, totalmente vulnerável em virtude da sua dificuldade de agir autonomamente.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A possibilidade da celebração de acordo para evitar a persecução penal foi prevista inicialmente na Resolução nº 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público. Somente como o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) foi inserido o art. 28-A no Código de Processo Penal, que trata especificamente de todos os requisitos, condições e procedimento do ANPP.

Sobre o tema discorre Rogério Sanches Cunha (2020, p. 129), de maneira inovadora e proativa, o Conselho Nacional do Ministério Público instituiu o acordo de não persecução penal, inicialmente por meio da Resolução nº 181/17, posteriormente modificada pela Resolução nº 183/18. As diretrizes estabelecidas por essas resoluções foram, em grande medida, incorporadas ao artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Sobre a constitucionalidade do ANPP, Aury Lopes Jr. (2022, p. 226) asseverou que anteriormente considerado inconstitucional sob nossa perspectiva, por ter sido originalmente instituído por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, o acordo de não persecução penal agora integra formalmente o sistema processual penal, por via legislativa apropriada. Constitui-se em mais um instrumento de expansão do âmbito negocial, mediante acordo entre o Ministério Público e a defesa. Esse acordo pressupõe a confissão do acusado pela prática de delito sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos – limite pertinente à possibilidade de aplicação de sanção não privativa de liberdade –, sendo esta pena reduzida de um terço a dois terços em negociação direta entre acusação e defesa.

Posto isso, haja vista sua constitucionalidade, a norma contida no art. 28-A do Código de Processo Penal estabelece que se não for caso de arquivamento da investigação, se o investigado confessar formalmente e circunstanciadamente a prática da infração penal – que tenha ocorrido sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos – o Ministério Público poderá propor o acordo, caso seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito, mediante o cumprimento das condições fixadas pela lei.

Na concepção de Nestor Távora e Fábio Roque Araújo (2020), o acordo de não persecução penal é uma medida despenalizadora, pela qual o investigado se compromete a cumprir as condições impostas pelo Ministério Público, em contrapartida não recairá a persecução penal contra si. Além disso, a punibilidade estará extinta após o cumprimento de todas as condições, sem que tenha havido processo e, conseqüentemente, condenação.

Sobre o tema, Renato Brasileiro Lima (2020, p. 274) assim conceitua o acordo de não persecução penal:

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Já nas sábias lições de Rogério Sanches (2020, p. 127), o acordo de não persecução penal consiste em um ajuste obrigacional firmado entre o órgão de acusação e o investigado, este devidamente assistido por advogado, com homologação judicial. Nesse ajuste, o investigado reconhece sua responsabilidade e se compromete a cumprir, de imediato, condições menos gravosas que a sanção penal cabível ao fato que lhe é imputado.

Em suma, o ANPP é uma medida prevista no ordenamento jurídico brasileiro que busca a resolução de determinados crimes por meio de consenso entre o Ministério Público e o investigado, desde que presentes os requisitos legais, a fim de que seja extinta a punibilidade após o cumprimento das condições impostas no pacto.

Ademais, no tocante à propositura do acordo, esta pode ocorrer tanto na fase inquisitiva, de investigação – antecedendo a oferta da denúncia, quanto na fase judicial – após oferecida a peça inicial acusatória. Assim, após o cumprimento integral das condições do acordo (CPP, art. 28-A, § 13) extingue-se a punibilidade, resultando em uma nova causa de extinção da punibilidade (Broeto; Melo, 2020).

Ora, é possível notar que, na conceituação do acordo de não persecução penal por parte dos autores, não há menção alguma à vítima.

São apontados apenas dois atores principais – Ministério Público e investigado – sem considerar as pretensões do indivíduo que suportou a lesão ao seu bem jurídico.

Destarte, não é concebível que o maior interessado (ofendido) seja posto de escanteio no momento da negociação, uma vez que, como será tratado mais adiante, uma das condições para a celebração do pacto é a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima.

4 A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA NO CONTEXTO DO ANPP

A conceituação de vítima abrange diversos aspectos. Para a Organização das Nações Unidas – ONU (1985), consideram-se “vítimas” os indivíduos ou grupos que tenham experimentado dano, especificamente ofensa à sua integridade física ou mental, sofrimento moral, perda material ou grave violação de seus direitos fundamentais, em decorrência de ações ou omissões transgressoras das leis penais vigentes em um Estado membro, inclusive aquelas que vedam o abuso de poder.

Outrossim, existem duas concepções para vítima – jurídica e criminológica, a primeira faz uma análise da vítima como um todo, nos seus mais diversos aspectos. Enquanto que a segunda tem um olhar objetivo sobre a vítima.

Nessa toada, são os ensinamentos de Santos e Gaglietti (2017), ao aduzirem que sob a perspectiva jurídica, a vítima é definida como o indivíduo que experimenta prejuízo ou dano em decorrência de uma infração penal. Em contrapartida, a concepção criminológica compreende a vítima como um sujeito de direitos que exerce influência significativa na ocorrência do fenômeno delitivo. Esta última abordagem adota uma visão objetiva da vítima, distinguindo-se da primeira, que envolve uma análise mais aprofundada sob os aspectos biológico, psicológico e sociológico.

Como dito alhures, a vítima de um crime suporta todos os dissabores do fatídico dia em que foi lesada. Vale ressaltar que, embora não seja possível a celebração do acordo de não persecução penal quando o crime é cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, é possível que o ofendido seja acometido por enfermidade psíquica e até física em razão do forte abalo emocional.

Dessa maneira, diante do dano sofrido pela vítima, é comum que na concepção vulgar da população, esta seja vista como quem busca vingar-se de seu ofensor, por isso o seu distanciamento do processo penal. Ademais, a vítima ocupava posição de mero coadjuvante na instrução criminal, tendo em vista que o fim precípua desta visava submeter o acusado à persecução penal. Contudo, com a inserção cada vez mais enfática da justiça restaurativa esse quadro tem se modificado.

Decerto, a vítima, além de suportar todo o trauma psicológico do crime, reabre todas as feridas deixadas pelo delito ao longo do processo. Sobre o tema, merece destaque as considerações de Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina (2000, p. 93):

A vítima sofre, com frequência, um severo impacto “psicológico” que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua. A impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc. A tudo isso se acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autculpabilização, os complexos etc.

Nesse diapasão, fica nítido que a vítima tem total interesse no resultado da responsabilização de seu ofensor, no sentido de, por meio do acordo de não persecução penal, obter a reparação de todos os danos suportados.

Um sistema penal que pretende ser coerente com o modelo do estado social e democrático de direito deve buscar a humanização do sistema penal, ou seja, garantir que ele tenha uma estrutura integral do ser humano, e para isso é necessário estar orientado em primeiro lugar para as vítimas, para os vencidos, que reconhecem o verdadeiro papel no drama criminal, que tem como objetivo fundamental, sem negligenciar o infrator, os seus direitos e garantias, ouvir, compreender e atender

suas necessidades. (Sampedro-Arrubla, 2008, p. 357, tradução nossa).¹

Dessa maneira, a vulnerabilidade do ofendido é reconhecida pelo próprio órgão titular da ação penal – a quem incumbe a oferta do acordo de não persecução penal – conforme art. 17, da Resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, na qual são estabelecidas “todas as medidas necessárias para a preservação dos seus direitos, a reparação dos eventuais danos por ela sofridos e a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem”.

Decerto, muitos avanços são notados na justiça brasileira no intuito de salvaguardar os interesses do ofendido e mitigar a vulnerabilidade deste. Como exemplo, a Resolução nº 181/17 do CNMP – intervenção direta da vítima no procedimento de investigação criminal – na qual durante os procedimentos de acolhimento, oitiva e atenção, será garantido à vítima a possibilidade de prestar declarações de modo espontâneo, sugerir diligências, indicar meios de prova e deduzir alegações. Percebe-se que a norma privilegiou a dignidade do ofendido, permitindo que o abalo emocional sofrido na ação criminosa seja narrado e exposto de modo mais leve, sem pressões ou intimidações.

Na mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 253/2018, estabeleceu regras de política judicial de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Para tanto, ao conceituar vítima – definida como pessoa que tenha suportado algum dano físico, moral, patrimonial ou psicológico decorrente da prática de crime ou ato infracional praticado por terceiro, ainda que este não tenha sido identificado, julgado ou condenado (art. 1º, § 1º) – foi adotada acepção semelhante aos ideais da justiça restaurativa.

¹ “Un sistema penal que pretenda ser coherente con el modelo de Estado social y democrático de derecho debe buscar la humanización del sistema penal, es decir, procurar que este tenga una estructura comprensiva del hombre, y para lograrlo es preciso que se oriente en primer lugar hacia las víctimas, hacia los vencidos, que les reconozca el verdadero protagonismo que tienen en el drama criminal, que tenga como objetivo fundamental, sin descuidar al delincuente, sus derechos y garantías, escuchar, comprender y atender sus necesidades”.

Além disso, a resolução vai mais adiante, visto que também assegura os mesmos direitos às pessoas vinculadas ao ofendido (“cônjuges, companheiros, familiares em linha reta, irmãos e dependentes”).

No mais, há previsão para que as autoridades judiciais norteiem a vítima sobre o direito de presenciar todos os atos processuais, ressaltando o cumprimento das notificações previstas no art. 201, § 2º, do CPP e providenciando sua oitiva em condições adequadas, prevenindo nova situação traumática.

Nessa esteira, são os dizeres de Bonavides, Souza e Silva (2020, p. 334), ao asseverar que o fundamento normativo para um tratamento institucional humanitário e respeitoso dos direitos da vítima já se encontra estabelecido. Embora o direito penal não possua um objetivo primordialmente reparatório, observa-se que o sistema de justiça brasileiro tem adotado um discurso de reconhecimento da condição do ofendido como sujeito de direitos que merece atenção tanto no âmbito processual quanto extraprocessual. Essa orientação política favorece o desenvolvimento de iniciativas e programas inclusivos em relação à vítima, direcionando a atenção institucional para a Justiça Restaurativa.

Em consonância com o exposto, os resultados da pesquisa “Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil” demonstraram que, embora muitos participantes reconheçam o potencial do ANPP em proporcionar uma resposta mais célere e reparadora às vítimas, prevalece o entendimento de que, na prática, a vítima ainda se encontra em uma posição secundária na efetivação desses acordos (Brasil, 2023, p. 99).

Ademais, a mencionada pesquisa também objetivou identificar a existência de uma relação entre práticas restaurativas e acordos de não persecução penal no Brasil. Contudo, tanto os questionários aplicados aos tribunais quanto as entrevistas realizadas com magistrados revelaram a ausência frequente dessa conexão, sendo que a maioria dos juízes demonstrou desconhecimento de iniciativas que integrem programas de justiça restaurativa aos acordos (Brasil, 2023, p. 95).

Pelo exposto, não existem dúvidas de que a vítima de uma conduta criminosa, bem como os familiares desta, ao ser exposta a essa

experiência traumática, capaz de trazer severos impactos negativos, tornando-a vulnerável e impedem sua ação autônoma. Logo, se faz necessário que tanto o Ministério Público como o Poder Judiciário atuem no sentido de preservar a dignidade humana do ofendido.

5 DESAFIOS ENFRENTADOS PELA VÍTIMA NO ANPP

A vítima, além de arcar com toda a carga emocional decorrente da ofensa que lhe foi impetrada, também enfrentará severos desafios quando da investigação criminal e ação penal, na medida em que sua atuação se restringe, em muitos casos, a tão somente relatar um fato trágico ocorrido contra si, mas não possui autonomia para deliberar antes, durante ou após o processo criminal.

Outrossim, urge mencionar que mesmo assistido por advogado, a participação do ofendido se restringe à assistência da acusação, cuja autonomia decisória inexistente. Ora, embora o Estado detenha o *jus puniendi*, o maior interessado na punição do investigado é a vítima, haja vista ter suportado todas as intempéries da prática delitiva.

Decerto, não obstante a existência de vários obstáculos no acordo de não persecução penal, um dos principais desafios enfrentados pela vítima é a falta de participação efetiva no processo de negociação, uma vez que, muitas vezes, esta não é devidamente informada sobre os detalhes do acordo proposto ou não tem a oportunidade de expressar suas preocupações e interesses. Essa falta de participação pode levar à percepção de injustiça e minar a confiança no sistema de justiça.

Destarte, quando da propositura do acordo de não persecução penal há de ser oportunizada à vítima sua livre e voluntária participação em todos os atos como forma de minorar os impactos suportados pelas feridas decorrentes do crime, promovendo um pacto no qual todos os envolvidos no conflito criminoso sejam ouvidos e assim cheguem a um resultado consensual satisfatório. Contudo, não se defende a ideia de que a vítima deve ser obrigada a participar de um possível acordo, mas tão somente que esta seja informada acerca da admissibilidade consensual para o entrave criminal e se há interesse na sua participação durante o diálogo com o investigado.

Sábios são os ensinamentos de Pedro Scuro Neto (2004, p. 279) ao definir a Justiça Restaurativa, que se amolda perfeitamente ao acordo não persecução penal:

Fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas, pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Nessa toada, merece ênfase os dizeres de Enrique Letelier Loyola (2019, p. 28) no tocante à participação efetiva do ofendido nos acordos criminais, visando o consenso entre as partes envolvidas no evento delitivo:

Os programas de justiça restaurativa, por outro lado, aproveitando a riqueza das práticas restaurativas de cada comunidade, devem permitir que a vítima intervenha em posição de liberdade e ativamente nas modalidades restaurativas que a lei reconhece (mediação criminal, conferências, rodas, etc.), permitindo-lhe, juntamente com o ofensor e em espaço dialógico e respeitoso, participar da busca pelo resultado restaurativo. (tradução nossa).²

² “Los programas de justicia restaurativa, en cambio, aprovechando la riqueza de las prácticas restaurativas de cada comunidad, deben permitir que la víctima intervenga en una posición de libertad y activamente en las modalidades restaurativas que la ley reconozca (mediación penal, conferencias, círculos, etc.), permitiéndole que, juntamente con el ofensor y en un espacio dialógico y de respeto, participe en la búsqueda del resultado restaurativo.”

Além do mais, não basta apenas que o ofendido participe dos atos consensuais, se faz necessário norteá-lo sobre todos os atos do acordo para não haver dúvidas quanto aos termos. Vale ressaltar que a vítima deve estar ciente que pode constituir advogado para acompanhar os atos e, caso não possua condições de arcar com os custos advocatícios, ser-lhe-á oportunizado acompanhamento especializado.

Portanto, se a vítima não estiver cercada de todo o aparato capaz de mitigar os impactos traumáticos ocasionados pela conduta criminosa, esta se sentirá pressionada a aceitar o acordo proposto, posto que não seja do seu interesse, devido aos fatores decorrentes do impacto emocional do conflito criminoso. Porquanto, essa assimetria de poder entre as partes envolvidas pode comprometer a liberdade decisiva aos termos pactuados.

No que tange à liberdade na tomada de decisões, oportunas são as lições de Amartya Sen (2011. p. 235):

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos — tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros. A distinção entre o “aspecto de oportunidade” e o “aspecto de processo” da liberdade pode ser significativa e também de longo alcance.

De modo breve, diante da existência de uma conduta criminosa na qual seja possível a utilização dos mecanismos da justiça restaurativa, à vítima serão ofertados todos os meios para mitigar sua vulnerabilidade perante seu ofensor, especialmente no tocante à liberdade decisiva na

justiça consensual penal, a fim de que esta consiga agir autonomamente, libertando-se de todo o episódio traumático vivido.

6 MÉTODOS EQUILIBRADOS PARA PROTEGER A VULNERABILIDADE DA VÍTIMA

A posição de vulnerabilidade na qual se encontra o indivíduo que suportou todos os dissabores de uma investida criminosa são latentes, haja vista tudo o que fora abordado nos tópicos anteriores.

Diante dessa problemática, como forma de salvaguardar os interesses da vítima, serão apresentadas algumas abordagens que visam reduzir a vulnerabilidade da vítima.

6.1 GARANTIR QUE A VÍTIMA SEJA ADEQUADAMENTE INFORMADA SOBRE O ACORDO PROPOSTO, SEUS DIREITOS E O IMPACTO EM SUA VIDA

Diante da manifestação da vítima por sua participação no acordo de não persecução penal é imperioso que os termos do acordo pactuado sejam completamente explicitados, a fim de não haver dúvidas quanto às suas condições.

Outrossim, há de ser esclarecido o motivo pelo qual o crime sofrido pela vítima se enquadra na hipótese de celebração do ANPP, com o fito de evitar um sentimento de injustiça. Logo, deve ser esclarecido que a justiça restaurativa é aplicável ao caso em virtude de ser um crime onde não houve o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, como também a pena mínima cominada é inferior a quatro anos, consoante dicção do art. 28-A, do Código de Processo Penal.³

³ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Na mesma senda, realizados as devidas explicações ao ofendido concernente aos motivos justificadores do acordo de não persecução penal, faz-se necessário dar ciência a vítima de que na celebração do acordo há a previsão de reparação do dano ou a restituição da coisa, o que diminui o tempo de ressarcimento, evitando a propositura de outra demanda para só então reaver o prejuízo suportado, o que postergaria a reparação.

Nesse momento, o Ministério Público assume papel preponderante no sentido de orientar todos os envolvidos no acordo criminal, como bem enuncia Bonavides, Souza e Silva (2020, p. 339):

Nesse sentido, embora o objetivo final entre ANPP e práticas restaurativa possa parecer convergente (harmonizar relacionamentos a partir da reprovação do crime e da reparação do mal causado), a(o) promotora(r) de justiça repousará sua atenção em aspectos que os participantes da mediação talvez não considerem. Isso porque a membra(o) do MP, ainda que valorize a vítima e atente para a dimensão humana do conflito, está representando o interesse público, enquanto a vítima veicula interesses e necessidades mais pessoais. Assim, a(o) promotora(r) de justiça deve ponderar também o resgate da sensação da segurança pública e os impactos sociais e comunitários do delito. Tratam-se, portanto, de perspectivas complementares e conciliáveis.

Além disso, ainda que existam aspectos positivos, é de suma importância que a vítima tenha plena consciência das consequências negativas quando da concretização do ANPP, visto que seu ofensor pode descumprir as condições impostas, haja vista a impossibilidade de afirmar categoricamente que seu algoz cumprirá fidedignamente tudo que lhe fora imposto. Também será conhecido à vítima quais as implicações no caso de descumprimento das condições por parte do acordante.

Por derradeiro, não obstante a possibilidade de ressarcimento do dano, à vítima deve estar ciente de que em alguns casos será inviável a reparação – como nos casos dos crimes de perigo, em que não há efetiva lesão ou quando o ofensor é desprovido de recursos para ressarcir o dano causado ao ofendido.

6.2 CONCEDER AO OFENDIDO VOZ ATIVA NO PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO, PERMITINDO QUE ELE EXPRESSE SUAS PREOCUPAÇÕES, FAÇA PERGUNTAS E SEJA OUVIDO

Na condução das negociações do acordo de não persecução penal é de suma importância que a vítima tenha voz ativa, esta deve expressar todas as suas dúvidas, bem como as preocupações decorrentes da celebração do pacto.

No que tange à participação da vítima na ação penal pública, a classificação proposta por Flaviane Magalhães de Barros (2008, p. 95) serve de norte para entender a justiça retributiva: (a) como agente condicionador; (b) como agente controlador da acusação e (c) como agente acusatório colaborador. Conclui-se que não há nenhuma participação deliberativa do ofendido na persecução penal.

Em contrapartida, Francisco Dirceu Barros (2020, p. 65) entende que a minimização dos danos suportados pelo ofendido é um dos princípios basilares dos acordos criminais, visto que “no direito criminal consensual, a vítima tem um olhar diferenciado, e o princípio em estudo defende que a negociação deve priorizar a restauração dos danos materiais, emocionais e psicológicos causados à vítima”.

À guisa de corroboração, são os dizeres de Enrique Letelier Loyola (2019, p. 17):

Nas últimas décadas, insistindo na crise do modelo de justiça retributiva, emergiu com força a ideia de um modelo de justiça restaurativa que, com mais ou menos nuances consoante o sistema que o acolhe, o momento e o local onde é desenvolvido e os mecanismos que o fazem acontecer, supõe, a nosso ver, duas ideias principais: reconhecer a vítima como titular do direito à reparação do dano causado pelo crime e considerá-la como sujeito com direito a intervir livre e ativamente (“vítima empoderada”) em seu processo de reparação. (tradução nossa).⁴

⁴ “En las últimas décadas, a la par que se insiste en la crisis del modelo de justicia retributiva, ha surgido con fuerza la idea de un modelo de justicia restaurativa que, con más o menos matices según el

Dessa maneira, é notório que empoderar a vítima na justiça consensual criminal é um meio de oportunizar sua efetiva participação no acordo e, principalmente, amenizar os impactos suportados pelo crime.

Ao abordar a Justiça Restaurativa, o crime é compreendido como um dano infligido não apenas ao indivíduo representado pelo Estado. Dessa forma, incumbe a todos os envolvidos cooperarem na pacificação do conflito, visando à manutenção da paz e da coesão social. Nesse contexto, não somente a vítima e o ofensor, mas também seus familiares e a comunidade participam ativamente, tornando-se os protagonistas na resolução do caso, independentemente da prática restaurativa adotada. O processo conduzido pela Justiça Restaurativa prioriza a responsabilização do agente causador do dano, oferecendo-lhe, contudo, a oportunidade de repará-lo mediante a demanda direta da vítima, na substituição de penas restritivas por alternativas proporcionais aos danos e, frequentemente, satisfatórias para ambas as partes, revelando-se, por fim, eficaz para o Estado (Cordeiro, 2014, p. 143).

A justiça restaurativa deve minorar os impactos nefastos causados à vítima, permitindo sua atuação livre e espontânea no acordo, com o fito de que o ofendido consiga agir autonomamente, assumindo o protagonismo do caso, como enfatiza Enrique Letelier Loyola (2019, p. 26):

Um conteúdo normativo mínimo da justiça restaurativa deve desenhar as modalidades restaurativas de modo que a vítima possa participar livre e voluntariamente da busca por um acordo (empoderada vítima), que todos os envolvidos tenham a oportunidade de contar suas histórias sobre o(s) evento(s) que causaram o conflito criminoso e que sejam ouvidos com respeito em um contexto dialógico. (tradução nossa).⁵

sistema que lo cobija, el momento y lugar en que se desarrolla y los mecanismos vías que lo concretan, supone a nuestro modo de ver dos ideas pilares: reconocer a la víctima como titular del derecho a ser reparada por la lesión causado por el delito y considerar a la víctima como un sujeto con el derecho intervenir libre y activamente (“víctima empoderada”) en su proceso de reparación.”

⁵ “Un contenido normativo mínimo de justicia restaurativa debe diseñar las modalidades restaurativas de modo que la víctima pueda libre y voluntariamente participar en la búsqueda

Não é despidiendo ressaltar que a vítima carrega toda uma carga negativa em razão da situação traumática vivida no momento do crime. Logo, é razoável que a mente do ofendido esteja povoada por medos, receios, preocupações etc., o que é perfeitamente natural diante do forte abalo emocional sofrido. Como exemplo, são incontáveis as turbulências que permeiam os pensamentos de um indivíduo que ao voltar para casa, após um dia cansativo de trabalho, a encontra com as portas arrombadas e todos os seus pertences furtados.

Por sua vez, a vítima é acolhida, escutada, tem seus sentimentos reconhecidos e suas necessidades reais compreendidas tanto pelo Ministério Público quanto pelo sistema de justiça (Bonavides; Souza; Silva, 2020, p. 346). Dessa forma, ela pode contribuir de maneira mais ativa para a decisão sobre a resposta penal em relação ao dano sofrido. Essa integração entre sociedade e Estado é essencial para a construção de uma nova perspectiva de justiça, fundamentada no paradigma da resolução pacífica de controvérsias, que atenda de forma adequada aos objetivos fundamentais da República, previstos na Constituição Federal.

Pelo exposto, a melhor maneira de conceber uma participação efetiva da vítima no ANPP deriva da atuação do órgão ministerial e do sistema de justiça que viabilizarão os meios necessários para que o ofendido abandone a condição de vulnerabilidade e assuma o protagonismo na justiça restaurativa.

6.3 DISPONIBILIZAR RECURSOS DE APOIO, COMO ASSISTÊNCIA JURÍDICA E SUPORTE PSICOLÓGICO, PARA A VÍTIMA DURANTE TODO O PROCESSO

Não obstante a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, a vítima necessita de total apoio durante todo o processo de acordo de não persecução penal, na medida em que a vulnerabilidade que

del acuerdo (víctima empoderada), que todos los involucrados tengan la oportunidad de contar sus relatos sobre el o los hechos que provocan el conflicto penal y que los mismos se oigan con respeto en un contexto dialógico.”

lhe é atribuída decorre do episódio traumático vivido durante a ocorrência do delito. Contudo, tal vulnerabilidade pode estar relacionada com o desconhecimento dos direitos que lhe são atinentes.

Note que, na primeira hipótese, ao ofendido deverá ser concedido todo o suporte psicológico com o fito de minimizar as sequelas deixadas pelo delito suportado. Insta salientar que a vítima desprovida desse acompanhamento psíquico esbarra na privação de sua autonomia e, conseqüentemente, perde seu discernimento decisório.

No que tange à segunda condição de vulnerabilidade, é possível notar que esta decorre da premissa da vítima em se fazer acompanhar por um profissional habilitado e capacitado, que lhe conduzirá em todos os diálogos do acordo. Nesse caso, a dificuldade de agir autonomamente decorrerá do fato de não lhe ser fornecida assistência jurídica para entender todos os meandros não apenas do acordo, mas do processo crime.

A assistência jurídica não pode ser confundida com a atuação do membro do Ministério Público, isso porque este representa o órgão estatal acusatório, ou seja, não atua na defesa dos interesses da vítima. Tal mister distingue-se completamente da atuação de um causídico, que por sua vez postulará na busca dos anseios exclusivos do ofendido.

Ademais, caso a vítima não possua recursos financeiros para constituir defensor que possa lhe guiar no transcurso do acordo, caberá ao Estado fornecer seu aparato para atuar em prol dos interesses do ofendido.

Por conseguinte, como mecanismo de salvaguardar a vulnerabilidade da vítima ser-lhe-á concedida assistência jurídica, caso não tenha condições de custear os honorários de advogado – para norteá-la em todos os atos da justiça consensual criminal, bem com suporte psicológico para diminuir os efeitos nefastos do conflito criminoso, a fim de evitar a revitimização, que consiste em reviver o evento traumático.

6.4 ESTABELECEER CRITÉRIOS CLAROS E OBJETIVOS CONSIDERANDO OS INTERESSES DA VÍTIMA, BEM COMO A GRAVIDADE DO DELITO E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO

O diálogo é o meio mais eficaz para se chegar a um consenso e assim dirimir uma controvérsia. Superada a fase das conversações entre as

partes envolvidas na celebração do acordo, serão consideradas as aspirações da vítima quando da fixação das condições acordadas, estas, por sua vez, devem ser claras e objetivas.

O empoderamento da vítima remete à ideia de que seus interesses serão acolhidos na resolução consensual do caso.

Ademais, urge mencionar que a gravidade do delito também será considerada, isso porque, embora não seja possível a oferta do ANPP nos casos em que há o emprego de violência ou grave ameaça a pessoa, cada crime afeta o bem jurídico de modo distinto, em pequena, média ou grande proporção. Daí a necessidade de, conforme o caso concreto, avaliar a melhor condição do acordo para diminuir os reflexos do delito na vida da vítima.

Dessa forma, o caso posto à apreciação da justiça restaurativa, a gravidade do delito e, especialmente, os interesses da vítima devem ser considerados e norteiam a fixação das condições do acordo de não persecução penal.

7 CONCLUSÃO

O estudo da vulnerabilidade da vítima no tocante ao acordo de não persecução penal é um tanto quanto desafiador, na medida em que a grande maioria dos autores deixa de lado a perspectiva da vítima nos acordos criminais, analisando tão somente o viés do indiciado. Este, por sua vez, comumente é detentor de vulnerabilidade. Conquanto, completamente distinta daquela suportada pela vítima.

Nesse passo, após toda a pesquisa ficou claro que a vulnerabilidade da vítima está atrelada aos danos psicológicos, traumas emocionais decorrentes da conduta criminosa de seu ofensor. Por outro lado, a vulnerabilidade do investigado decorre – na grande maioria das vezes – da sua condição econômico-financeira, isso porque, nos casos em que há a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, são praticados por pessoas que estão à margem da sociedade.

Se não bastasse isso, note que diante da celebração de um acordo de não persecução penal é possível haver um conflito de vulnerabilidades

– tanto por parte do ofendido, em razão dos danos psíquicos suportados pelo crime, como também do ofensor que, em alguns casos, decorre da vulnerabilidade social amplamente estudada pelos mais diversos autores.

Dessarte, não há discussões quanto à posição vulnerável na qual se encontra a vítima de um delito, tendo em vista que todo o transtorno psíquico-emocional oriundo do bem jurídico lesado afetar sobremaneira sua autonomia – seu poder decisório – e não se sentirá confortável para decidir em virtude da pressão de toda a carga negativa recaída sobre si. Sendo assim, na celebração do acordo de não persecução penal, é de suma importância que o ofendido seja conduzido de modo a mitigar essa condição de vulnerabilidade na qual se encontra.

Quando se mergulha no instituto do ANPP percebe-se o quanto a justiça restaurativa, posto que tenha sido também criada para solucionar e atender os anseios da vítima, tem o condão precípua de diminuir a quantidade de processos penais tramitando no judiciário e acelerar a resposta do poder estatal no tocante ao *jus puniendi* do qual é o titular.

Tal fato é plenamente perceptível quando a própria legislação destaca a mínima participação da vítima no acordo de não persecução penal, demonstrando total desatino quanto aos anseios do ofendido.

Além disso, conforme se extrai da norma que rege o acordo de não persecução penal, fica clarividente que a participação da vítima foi mitigada quando da confecção do comando legal. Note que a lei traz uma participação mínima da vítima na celebração do acordo, em momentos simplórios que não corroboram com a efetiva expressão de vontade desta.

Decerto, caberia ao legislador normatizar a participação do ofendido de forma mais incisiva, a fim de nutrir neste a ideia de que o pacto celebrado com seu ofensor foi suficientemente capaz de retribuir na justa medida toda a dor suportada pelo crime sofrido.

Não se pode perder de vista que, embora a legislação não traga mecanismos mais contundentes no tocante à participação da vítima na justiça restaurativa, tem sido comumente debatido que caberá ao Ministério Público e ao Poder Judiciário fornecer os meios necessários para que essa vítima atue como protagonista no ANPP.

É de todo oportuno enfatizar que quem suporta a dor das mazelas e sequelas decorrentes de um delito sabe de fato onde a ferida é mais dolorida. Então, se faz necessário que, demonstrada a vulnerabilidade da vítima no acordo de não persecução penal, diante do trauma trazido pelo conflito criminoso que se apresenta, é de suma importância que sejam abordadas condutas equilibradas a fim de minorar essa vulnerabilidade. Mas quais seriam essas abordagens?

Como forma de reduzir a vulnerabilidade da vítima no acordo de não persecução penal se faz necessário garantir que esta seja adequadamente informada sobre seus direitos e o impacto dessa resolução consensual em sua vida. Ora, caberá ao poder estatal discorrer sobre todas as cláusulas que norteiam o acordo entre o Ministério Público, o ofendido e o seu ofensor, a fim de que a vítima seja capaz de decidir autonomamente.

Dessa maneira, deve ficar claro à vítima todos os reflexos decorrentes da celebração do acordo em sua vida, até mesmo o fato de ocorrer um possível descumprimento das cláusulas por parte do investigado, tendo em vista que é possível garantir efetivamente o cumprimento integral do pacto, ainda que existam penalidades nos casos de transgressão do contrato.

Além do mais, conforme prevê a legislação processual penal, é direito da vítima obter a reparação do dano ou ser restituída a coisa. No entanto, deve ser explicitado que esse ressarcimento não se efetivará – caso o agente seja hipossuficiente, isto é, não tenha condições de arcar com a reparação do dano. Sendo assim, mesmo não havendo a recuperação do prejuízo causado ao ofendido, ao investigado será permitido a celebração do acordo, desde que devidamente comprovada impossibilidade de reparar o dano.

Outra abordagem de grande valia, quiçá mais importante, é que o ofendido tenha voz ativa no processo de negociação, que ele possa exprimir todos os seus anseios e vontades, suas preocupações, as perguntas que povoam sua mente encontrem respostas no poder público ou no seu próprio carrasco, concedendo-lhe o papel de protagonista no acordo criminal e não de mero coadjuvante.

Outrossim, a justiça consensual tem o condão de não apenas tornar mais célere a resposta do Estado na resolução do conflito criminal, mas que a tensão entre as partes seja resolvida de modo a preservar os anseios inerentes a vítima. Tal fato só será possível se ao ofendido for concedida liberdade e autonomia de expressar todos os questionamentos e preocupações que refletem o trauma decorrente do crime outrora suportado.

Portanto, na justiça consensual criminal é imprescindível a efetiva participação de quem sofreu todos os transtornos psicológicos oriundos do delito.

Sob o mesmo enfoque, não basta apenas que o ofendido participe dos diálogos no acordo de não persecução penal, é de suma importância ser assistido juridicamente – alguém com conhecimento técnico o auxiliará na tomada de decisões, e obter suporte psicológico – minimizar a vulnerabilidade gerada pelo evento traumático, reavivado no curso da ação permitirá ao ofendido agir autonomamente.

Por fim, como último meio de minorar a vulnerabilidade da vítima, se faz necessário clareza na propositura do acordo, a fim de serem considerados os interesses da vítima, sem deixar de lado a gravidade do delito e as circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a vítima merece um olhar mais acurado quando houver a aplicabilidade do acordo de não persecução penal, tendo em vista que, por ser a detentora do trauma concebido pela conduta criminosa, há a necessidade de ouvir os seus anseios, a fim de não ser conduzida à percepção de injustiça e minar a confiança no sistema judicial.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen, 2008.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SOUZA, Willian Lira de; SILVA; Mário Edson Passerino Fischer da. A valorização da vítima e a justiça

restaurativa no âmbito do acordo de não persecução penal. *In*: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Org.). **Pacote anticrime**: volume 1. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 328-348. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/defesadasvitas/images/referencias-e-publicacoes/Artigo-Livro-CNMP-Valorizacao_da_Vitima_e_JR_no_ANPP.pdf. Acesso em: 20 abr. 2025.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fortalecendo vias para as alternativas penais**: um levantamento nacional da aplicação do acordo de não persecução penal no Brasil. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2023/09/lancamento-levantamento-anpp-1.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2025.

BRASIL. **Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. **Resolução nº 253, de 04 de setembro de 2018**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_253_04092018_05092018141948.pdf. Acesso em: 10 jan. 2025.

CORDEIRO, Euller Xavier. **A participação da vítima no processo penal**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019**: comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LETELIER LOYOLA, Enrique. Editorial do dossiê “Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal”: participação da vítima na solução do conflito penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 13-32, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.224>. Acesso em: 5 mar. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARQUES, Fernando Tadeu et al; BARROSO, Darlan; ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio (coords.). **Lei anticrime comentada (13.964/2019)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACEDO, R. M. S.; KUBLIKOWSKI, I. Valores positivos e desenvolvimento adolescente: perfil de jovens paulistanos. **Psicologia em Estudo**, n. 14, p. 689-698, 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/d7dk9Hn9W8LHWQQLkxTF5Qg/?lang=pt>. Acesso em: 29 jan. 2025.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. **Acordo de não persecução penal e suas (relevantes) implicações no processo penal brasileiro**. 2020. Disponível em: <https://web.abracrim.adv.br/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-suasrelevantes-implicacoes-no-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 12 fev. 2025.

MORAIS, N. A.; RAFFAELLI, M.; KOLLER, S. H. Adolescentes em situação de vulnerabilidade social e o continuum risco-proteção. **Avances en Psicología Latinoamericana**, v. 30, n. 1, p. 118-136, 2012. Disponível em: [Http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pId=S1794-47242012000100010](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pId=S1794-47242012000100010). Acesso em: 21 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 1985**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>. Acesso em: 5 abr. 2025.

PATRÃO NEVES, M. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 2, n. 2, p. 157-172, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966>. Acesso em: 20 abr. 2025.

SAMPEDRO-ARRUBLA, Julio Andrés. Los Derechos Humanos de Las Víctimas: apuntes para la reformulación del sistema penal. **Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá**, n. 12, p. 353-372, edición especial, 2008. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22681.pdf>. Acesso em: 2 mai. 2025.

SANTOS, Jaime Roberto Amaral dos; GAGLIETTI, M. J. Justiça Restaurativa: a efetivação dos direitos da vítima para construção de um novo paradigma da justiça criminal. *In*: 2017: XIII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2017, Santa Cruz do Sul, RS. **Anais**[...]. Santa Cruz do Sul, RS: UNISC, 2017. v. 17. p. 145-156.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fabio Roque. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

TUTELA POSSESSÓRIA E EVIDÊNCIA: A
RACIONALIDADE JURÍDICA DA LIMINAR
NO PROCEDIMENTO ESPECIAL

Rennan Thamay

Rodrigo Garcia Rodrigues Buzzi

TUTELA POSSESSÓRIA E EVIDÊNCIA: A RACIONALIDADE JURÍDICA DA LIMINAR NO PROCEDIMENTO ESPECIAL*

POSSESSORY PROTECTION AND EVIDENTIARY RELIEF: THE LEGAL RATIONALITY OF THE INJUNCTIVE MEASURE IN THE SPECIAL PROCEDURE

Rennan Thamay

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca, PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor Titular e coordenador de cursos no Instituto ITER. Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual), do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo) e do IBDE (Instituto Brasileiro de Direito Empresarial). Advogado, consultor jurídico, parecerista, administrador judicial, árbitro e mediador.

Rodrigo Garcia Rodrigues Buzzi

Advogado e Consultor Jurídico. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP) e Pós-graduando em Direito Portuário e Marítimo pela Universidade de Santa Cecília. Membro das Comissões de Processo Civil e de Processo Constitucional da OAB/DF. Membro da ABPC, da Laproc-Unb e da Comissão de Direito Desportivo da Federação Nacional dos Advogados.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DAS LIMINARES POSSESSÓRIAS. 3 DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA. 4 UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo analisa a natureza jurídica da liminar possessória à luz de sua estrutura normativa específica e de sua funcionalidade na proteção da posse. A investigação parte do regime jurídico das ações possessórias, com especial atenção àquelas ajuizadas dentro do prazo de um ano e um dia, para examinar a configuração de um modelo processual autônomo, desvinculado dos pressupostos tradicionais das tutelas de urgência. Sustenta-se que, nesse contexto, a liminar possessória opera segundo uma

lógica de evidência, fundada na demonstração objetiva da posse e de sua lesão recente, o que autoriza resposta jurisdicional imediata. O estudo desenvolve uma análise integrada entre as necessidades do direito material e o processo, incorporando aportes da análise econômica do direito para investigar os efeitos estruturais e comportamentais da antecipação da tutela. A pesquisa adota abordagem jurídico-dogmática e método dedutivo, a partir da interpretação sistemática e da articulação teórica entre os elementos normativos, funcionais e comportamentais dos institutos. Conclui-se que a liminar possessória, ao antecipar a recomposição da ordem jurídica violada, atua como técnica de contenção da litigiosidade disfuncional, promovendo eficiência decisória, indução de condutas processuais legítimas e reafirmação da função conformadora do processo na efetivação da posse e na pacificação de conflitos fundiários.

Palavras-chave: posse; ação possessória; tutela de evidência; liminar possessória; procedimento especial.

ABSTRACT

This article analyzes the legal nature of the possessory injunction (liminar possessória) in light of its specific normative structure and its functional role in protecting possession. The investigation is grounded in the legal regime governing possessory actions, with particular attention to those filed within the one-year-and-one-day period, in order to examine the configuration of an autonomous procedural model detached from the traditional requirements of urgent relief. It is argued that, in this context, the possessory injunction operates according to a logic of evidentiary immediacy, based on the objective demonstration of possession and its recent disturbance, which justifies immediate judicial intervention. The study develops an integrated analysis between the needs of substantive law and procedural design, incorporating insights from law and economics to explore the structural and behavioral effects of anticipatory relief. The research adopts a legal-dogmatic approach and follows the deductive method, grounded in the systematic interpretation and theoretical articulation of the normative, functional, and behavioral dimensions of the

legal institutes. The conclusion reached is that the possessory injunction, by anticipating the restoration of the violated legal order, functions as a technique for containing dysfunctional litigation, promoting decisional efficiency, inducing legitimate procedural conduct, and reaffirming the structuring role of procedure in the effective protection of possession and the pacification of land-related conflicts.

Keywords: possession; possessory action; evidentiary relief; possessory injunction; special procedure.

1 INTRODUÇÃO

A posse, embora tradicionalmente compreendida como situação de fato, constitui uma das mais relevantes categorias jurídicas para a organização das relações de poder sobre a terra, especialmente em contextos nos quais o uso da propriedade rural adquire densidade social, econômica e ambiental. No campo do agronegócio, onde a posse frequentemente se vincula ao exercício de atividades produtivas e à concretização de funções constitucionalmente relevantes, sua tutela jurisdicional exige uma resposta que transcenda os modelos convencionais de proteção processual. Nesse cenário, a liminar possessória emerge como técnica autônoma, dotada de estrutura normativa própria, que escapa à lógica das tutelas de urgência ao deslocar o foco decisório para critérios objetivos de verificação da existência, legitimidade e violação da posse.

A presente investigação parte da análise dessa técnica jurisdicional específica, com o propósito de compreender a natureza jurídica da liminar possessória e sua vinculação com a estrutura do direito material que visa proteger. Ao contrário das medidas provisórias fundadas em risco de ineficácia do provimento final, a liminar possessória funda-se na evidência da lesão recente à posse legítima, autorizando a recomposição imediata da situação possessória independentemente da demonstração de *periculum in mora*. Tal singularidade revela a construção de um regime processual próprio, cujas condições de admissibilidade e fundamentos dogmáticos não se deixam enquadrar pelas categorias ordinárias do direito processual, exigindo abordagem analítica voltada à reconstrução das razões normativas, estruturais e funcionais que legitimam essa forma de tutela sumária.

O estudo propõe-se, assim, a examinar o modo como o regime jurídico da liminar possessória opera como expressão de uma racionalidade normativa autônoma, estruturada a partir da materialidade do direito alegado e da própria função da posse no ordenamento jurídico. Essa análise pressupõe o reconhecimento de que a tutela possessória não visa apenas resguardar a esfera individual do possuidor, mas também assegurar a estabilidade de relações jurídicas que exercem papel funcional no plano coletivo, notadamente quando vinculadas à função social da terra e à prevenção de conflitos fundiários de alta litigiosidade.

Além do exame dogmático da técnica possessória e de sua inserção no sistema das tutelas diferenciadas, a pesquisa adota um referencial teórico que incorpora aportes da análise econômica do direito, com o objetivo de explorar os efeitos comportamentais decorrentes da concessão da tutela liminar. Nesse ponto, a investigação busca compreender de que modo a antecipação da proteção possessória afeta os incentivos das partes em litígio, particularmente no que se refere à dissuasão de práticas protelatórias e à indução de condutas compatíveis com a boa-fé processual. A antecipação dos efeitos da tutela, longe de constituir mero mecanismo de aceleração procedimental, revela-se como dispositivo normativo apto a redistribuir os custos do tempo do processo, contribuindo para a efetividade da jurisdição e para a contenção do uso estratégico do contraditório como instrumento de resistência infundada.

A complexidade da abordagem proposta exige, portanto, a articulação entre múltiplas dimensões: a reconstrução dogmática do regime possessório liminar a partir do Código de Processo Civil; a análise estrutural das condições de sua concessão e da distinção entre posse nova e posse velha; a consideração dos impactos materiais da posse enquanto bem jurídico funcionalizado socialmente; e a avaliação dos reflexos estratégicos que a técnica produz no comportamento das partes, à luz de uma racionalidade voltada à eficiência da tutela jurisdicional. Ao integrar essas perspectivas, a pesquisa pretende oferecer uma leitura crítica e aprofundada da liminar possessória como técnica processual autônoma e funcionalmente qualificada, cuja compreensão exige o reconhecimento de sua inserção em uma lógica de evidência, comprometida com a proteção efetiva da posse e com a promoção de comportamentos processuais legítimos.

Para tanto, o artigo estrutura-se em três eixos principais. Inicialmente, examina-se o regime jurídico das liminares possessórias previsto no Código de Processo Civil, destacando sua autonomia em relação às tutelas de urgência e a racionalidade normativa que fundamenta sua concessão à luz da prova objetiva da posse e de sua lesão recente. Em seguida, procede-se à análise das tutelas de evidência como categoria autônoma, evidenciando os pressupostos que justificam a antecipação da tutela jurisdicional com base na plausibilidade qualificada do direito, bem como sua incidência em contextos possessórios. Por fim, adota-se uma abordagem analítica a partir da análise econômica do direito, a fim de investigar os efeitos estratégicos e comportamentais gerados pela antecipação liminar da tutela possessória, com especial atenção à indução de condutas cooperativas, à prevenção de resistências infundadas e à promoção da eficiência decisória.

Do ponto de vista metodológico, o estudo adota uma abordagem jurídico-dogmática, centrada na interpretação sistemática e teleológica dos institutos, com especial atenção ao regime das ações possessórias previsto no Código de Processo Civil. A análise se desenvolve a partir de uma leitura crítico-estrutural das normas, articulada à teoria das tutelas diferenciadas e à racionalidade das técnicas processuais de antecipação da tutela. Como referencial teórico complementar, tida também como matriz epistemológica de apoio, incorpora-se a análise econômica do direito, empregada como instrumento de investigação dos efeitos comportamentais e estruturais decorrentes da concessão liminar da tutela possessória. A análise das premissas e a inferência das conclusões se desenvolverão segundo o método dedutivo, a partir da articulação teórica entre os elementos que integram o modelo de tutela possessória liminar no contexto da pesquisa.

2 DAS LIMINARES POSSESSÓRIAS

No âmbito da tutela possessória, conforme disciplinado pelo Código de Processo Civil, o deferimento liminar das medidas de manutenção ou reintegração da posse não se submete aos pressupostos típicos provisórias, notadamente a demonstração de dano irreparável ou de risco à efetividade do provimento final (Lara, 1994). A sistemática prevista

nos artigos 560 e seguintes estabelece um regime autônomo, em que a concessão liminar do mandado possessório, seja diante de turbação, seja diante de esbulho, pode ocorrer independentemente da oitiva prévia da parte contrária, desde que o autor instrua a petição inicial com elementos que comprovem a anterioridade e legitimidade de sua posse, a materialidade do ato de turbação ou esbulho com a respectiva data de ocorrência, bem como a extensão da perda possessória, parcial nos casos de turbação ou total nas hipóteses de esbulho, nos termos do artigo 561 do referido diploma legal (Alvim Netto, 2004).

Nesse campo, a concessão de medidas liminares voltadas à preservação ou restituição da posse opera-se segundo lógica processual própria, dissociada da sistemática ordinária vinculadas à demonstração de risco de dano ou a comportamentos processuais abusivos da parte contrária. Tal distinção, ratificada a tempos por Silva (2000), decorre do fato de que, na estrutura normativa das ações possessórias, o deferimento da medida liminar não se ancora na presença de elementos subjetivos ligados à urgência ou à conduta processual do réu, mas sim na verificação de condições objetivas e probatórias específicas que sustentem a pretensão possessória do autor (Marcato, 2005).

Um ponto importante para compreender as liminares possessórias é que, a configuração procedimental das ações dessa natureza revela-se assimétrica: embora contemple, em sua fase inicial, uma disciplina específica voltada à concessão de tutela liminar fundada em requisitos próprios, alheios às categorias tradicionais de urgência, tal regime diferenciado não se projeta para além desse momento processual. Superada a etapa de apreciação da medida liminar, com ou sem a realização de audiência de justificação prévia (art. 562, CPC), e após a apresentação da resposta pelo demandado, a marcha processual passa a observar os contornos do procedimento comum (art. 566 do CPC), ressalvados poucos tratamentos excepcionais, como os casos coletivos. Isso significa que o caráter especial da ação possessória está funcionalmente circunscrito ao juízo preliminar, cuja singularidade reside na possibilidade de concessão imediata da proteção possessória (Bedaque, 2001).

Por essa estrutura, a lógica processual que informa as medidas possessórias de assenta-se sobre uma racionalidade normativa distinta

daquela que rege as tutelas sumárias em geral, o que costumeiramente se estrutura como primeira fase (Araújo, 2018). Ao tratar da proteção possessória diante de esbulho ou turbação, a escolha normativa decorre da compreensão de que a própria ruptura da posse, por sua natureza, já representa um quadro de vulneração suficientemente relevante para autorizar a atuação imediata do Poder Judiciário. Assim, a medida liminar, nesse domínio, opera como mecanismo de recomposição célere de uma situação possessória juridicamente protegida, dispensando a caracterização de riscos futuros ou a quantificação de prejuízos, e voltando-se, em vez disso, à análise objetiva da situação fática narrada e documentada.

A dispensa do requisito de urgência como pressuposto para a concessão de tutela liminar nas ações possessórias não representa uma flexibilização genérica da lógica das tutelas provisórias, mas sim a formulação de um regime processual típico e funcionalmente vinculado à proteção de determinada categoria de direito material. Trata-se de uma construção normativa que, ao reconhecer a posse como bem juridicamente tutelado em si mesmo, confere-lhe um modelo próprio de salvaguarda judicial, cuja legitimidade decorre da estrutura do próprio direito substancial violado e não da presença de risco processual (Silva, 2001). Essa peculiaridade impede que tal técnica seja transposta, por analogia ou extensão, para outras formas de tutela antecipada, sob pena de subversão dos critérios que justificam sua aplicação restrita (Friede; Wolkart; Brauner, 2003).

Todavia, a superação do marco temporal de um ano e um dia previsto para o manejo das ações possessórias sob o regime especial (art. 558 do CPC) desloca a controvérsia para o campo do procedimento comum, exigindo, nessa nova configuração processual, o enquadramento da pretensão possessória nas hipóteses gerais de tutela provisória. Ainda que a finalidade material da demanda permaneça vinculada à recomposição da posse, o instrumento processual empregado passa a demandar a observância dos pressupostos típicos das tutelas de urgência, entre os quais se destaca a demonstração concreta do risco de dano ou da ameaça de ineficácia do provimento final. Na lição de Pereira (2003), qualquer distúrbio que sofra posse, é capaz de afetar a essência do próprio direito, entretanto, é importante ter claro que, sendo a posse um estado de fato, as ações

que a tutelam têm por propósito conservar este estado (França, 1987), preservando-se ou reparando-se de modo menos violento as situações jurídicas.

Conforme sustenta Theodoro Júnior (2016), a estrutura normativa das ações possessórias impõe a diferenciação entre a tutela liminar requerida diante de esbulho recente e aquela pleiteada após o decurso do prazo legalmente previsto. No primeiro caso, que corresponde à hipótese de força nova, a concessão da medida liminar não se condiciona à demonstração do perigo de dano, afastando-se, portanto, da lógica própria das tutelas provisórias de urgência. O fundamento para essa dispensa reside na atualidade da violação possessória, a qual, por sua própria natureza, enseja uma resposta jurisdicional imediata fundada exclusivamente na prova da ocorrência recente do fato lesivo. Nessa configuração, observa-se um regime de tutela que se aproxima, em sua racionalidade, da sistemática das tutelas de evidência, pois, uma vez comprovado o esbulho atual mediante elementos objetivos, impõe-se ao magistrado a concessão da medida liminar, independentemente da análise de riscos processuais. Trata-se, pois, de uma forma de proteção sumária ancorada na materialidade do direito alegado, cuja urgência se presume a partir da própria configuração do esbulho ou turbação em momento próximo ao ajuizamento da demanda.

Nesse sentido, a definição do regime procedimental aplicável às ações possessórias não se dá de forma uniforme, mas varia conforme a delimitação temporal entre a data do esbulho ou da turbação e o momento da propositura da demanda (Medina, 2016). Quando a ação é ajuizada em prazo inferior ou igual a um ano e um dia a contar da lesão possessória, configura-se o que se convencionou denominar de posse nova. Nessa hipótese, o legislador estabeleceu um rito próprio, de natureza especial e contenciosa, com regras específicas que conferem ao autor instrumentos processuais mais céleres, sendo o caso quanto de obtenção de tutela liminar (Thamay, 2023).

Por outro lado, ultrapassado esse marco temporal, a pretensão possessória permanece juridicamente viável, mas sua tramitação submete-se às normas do procedimento comum. Embora a matéria de fundo continue circunscrita à proteção da posse, a forma processual deixa de observar o

regramento especial (Venosa, 2006), sujeitando-se às exigências ordinárias das ações de conhecimento, inclusive quanto ao ônus probatório e aos critérios de admissibilidade da tutela provisória. Dessa forma, a modulação procedimental não descaracteriza o conteúdo possessório da controvérsia, mas redefine os parâmetros formais pelos quais o Judiciário analisará e processará a pretensão deduzida (Lopes, 2009).

Nessa conformação, a escolha legislativa por um rito especial aplicável às ações possessórias ajuizadas dentro do prazo de um ano e um dia traduz a adoção de um modelo de tutela jurisdicional que não se ancora em elementos subjetivos vinculados à urgência, mas na demonstração objetiva do fato possessório e de sua lesão recente. Ao deslocar o fundamento da concessão liminar do campo do *periculum in mora* para a comprovação imediata da violação possessória, o ordenamento estabelece um regime que, embora autônomo, guarda afinidade estrutural com a lógica das tutelas de evidência. O deferimento da medida liminar não decorre da excepcionalidade da situação, mas da verificação de um direito material cuja aparência de legitimidade se presume diante da atualidade do esbulho. Por essa razão, para os fins delimitados neste trabalho, destaca-se que a tutela conferida à posse nova assume natureza de evidência vinculada à demonstração da existência do direito no procedimento especial, revelando um regime de evidência possessória dotado de resposta sumária, à margem dos requisitos próprios das tutelas urgentes.

3 DAS TUTELAS DE EVIDÊNCIA

Com base na concepção estruturante da tutela jurisdicional diferenciada, identifica-se a existência de medidas que, embora fundadas no imperativo de assegurar utilidade ao provimento final, não se justificam pela presença de situações excepcionais que exponham o direito à ameaça de perecimento imediato. Ao contrário, tais medidas emergem de uma racionalidade que não se ancora na urgência típica das tutelas cautelares ou antecipatórias tradicionais, mas na constatação de um estado de permanência lesiva que se prolonga no tempo e da própria natureza do direito.

Essas hipóteses não se organizam em torno do *periculum in mora* entendido como risco externo e concreto, mas em torno de uma forma específica de evidência decorrente da continuidade do ilícito ou da inércia jurisdicional frente à persistência de um desequilíbrio jurídico reconhecível (Mitidiero, 2019). Trata-se de um deslocamento do fundamento da tutela provisória, onde não se busca neutralizar danos excepcionais decorrentes de fatores exógenos à relação processual, mas responder à dinâmica do direito material e da lide, cuja prolongação naturaliza a violação do direito alegado e, por consequência, impõe a necessidade de intervenção imediata. Nessa perspectiva, a tutela se legitima não por razões emergenciais, mas pela própria estrutura de evidência que decorre da estabilidade fática de uma situação lesiva cuja continuidade compromete a finalidade do processo.

A despeito da historicidade das ações possessórias, a introdução do direito fundamental à duração razoável do processo, positivado no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004, implicou um deslocamento normativo e teórico do papel do tempo na estrutura procedimental, onde o que era compreendido como elemento neutro, passa a ser reconhecido como componente axiologicamente relevante e juridicamente qualificado, cuja escassez demanda racionalização e controle (Marinoni, 2011). A temporalidade do processo, nesse novo paradigma, deixa de representar mera contingência da marcha procedimental para tornar-se fator determinante da legitimidade da jurisdição, cuja atuação é medida não apenas pela correção técnica de suas decisões, mas também pela sua capacidade de oferecer resposta estatal tempestiva e funcionalmente adequada (Moreira, 2000) à preservação dos bens jurídicos envolvidos na controvérsia.

Ademais, partindo do reconhecimento de que o desenvolvimento da relação processual, independentemente do desfecho final, acarreta prejuízos inevitáveis à parte que detém razão jurídica (Mitidiero, 2019), prejuízos estes identificáveis, sob prisma doutrinário (Abdo, 2007), como danos marginais, resultantes não de comportamentos ilícitos, mas da própria subsistência do conflito no tempo, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro passou a incorporar e expandir (Nicolitt, 2014), em sua própria estrutura normativa, mecanismos voltados à contenção dos efeitos deletérios dessa morosidade estrutural (Castro, 2017).

Com efeito, ao invés de enfrentar o problema exclusivamente por soluções exógenas ao processo, como reformas gerenciais ou administrativas, a resposta jurídica foi parcialmente interiorizada na própria dogmática processual, mediante o desenho de instrumentos que possibilitam a antecipação de efeitos de tutela, orientados pela ideia de que o decurso do tempo, por si só, pode intensificar a violação do direito material. Assim, a tutela jurisdicional passou a comportar mecanismos que, sem romper com a lógica do contraditório e da cognição (Andrade, 2017), autorizam a mitigação da espera pelo provimento final, como forma de conter o desgaste que o simples prolongamento do litígio impõe à esfera jurídica do titular da pretensão legítima.

Ademais, o enfrentamento institucional da morosidade processual, quando estruturado a partir da própria lógica interna do procedimento, revela-se como técnica de modificação do processo em sua dimensão formal, não se limitando a soluções contingenciais ou de caráter excepcional. Trata-se da adoção de um modelo sistematicamente concebido para atuar sobre o ritmo da marcha processual, com o objetivo de impedir que o tempo se converta em fator de inefetividade da jurisdição. Essa estratégia manifesta-se pela construção de formatos procedimentais específicos, voltados à racionalização dos atos processuais, à concentração de fases e à imposição de limites rigorosos ao transcurso temporal (Medina, 2024). A redução da duração global do processo não se dá, assim, por meio de simples aceleração pontual, mas mediante uma engenharia processual que, ao alterar a configuração estrutural do rito, busca assegurar uma resposta jurisdicional tempestiva sem romper com a coerência sistêmica do ordenamento. A técnica, nesse caso, insere-se no desenho do próprio processo como elemento de controle e contenção dos efeitos disfuncionais do tempo (Bodart, 2015).

Rodrigues e Rangel (2017) sustentam que a diferenciação procedimental encontra amparo na cláusula geral de adequação, entendida como expressão do devido processo legal em sua dimensão substancial, a partir da qual se confere ao legislador a legitimidade para criar e ajustar métodos e formas processuais em conformidade com distintos elementos, tais como a prevalência da celeridade sobre a exaustividade cognitiva,

as especificidades do direito material a ser tutelado, a complexidade da cognição exigida, o grau de concentração dos atos processuais e a eventual necessidade de participação de determinados sujeitos na relação processual, tudo com vistas a permitir que a tutela jurisdicional seja prestada da maneira mais compatível com a realidade substancial envolvida.

Nessa perspectiva, Bedaque (2010) assevera que a disciplina normativa do processo, enquanto instrumento público destinado à resolução das controvérsias de direito material, é orientada por uma lógica de instrumentalidade vinculada à própria função jurisdicional. Desde que o Estado assumiu, com exclusividade, a competência para solucionar os litígios, afastando, como regra, práticas de autotutela e mecanismos retaliatórios de resolução de conflitos, o processo passou a ser concebido como estrutura técnica voltada à recomposição da ordem jurídica violada (Couture, 2001). Com isso, ao legislar sobre o processo, o Estado não o faz de maneira neutra ou desvinculada de sua finalidade precípua, mas persegue, mediante arranjos procedimentais diversos, a conformação de um modelo apto a materializar, com eficácia e legitimidade, a superação das crises normativas.

Nesse contexto, a técnica, concebida em sua acepção mais elementar, consiste em um sistema racional de organização de meios subordinado à realização de determinados fins previamente estabelecidos, cuja existência não se confunde com qualquer juízo normativo ou ético sobre os resultados que ela visa atingir (Dinamarco, 2016). Tal compreensão, alheia a qualquer conotação valorativa e não circunscrita ao domínio jurídico, expressa uma característica funcional que define a técnica como instrumento de mediação entre uma intenção finalística e a escolha dos mecanismos mais adequados à sua concretização.

Nessa linha, Tanaka (1948) assinala que a técnica não se legitima como fim autônomo ou dotado de sentido próprio, mas apenas enquanto dispositivo orientado à consecução de um objetivo externo a ela. A depender do contexto, pode assumir formas diversas, mas em todas essas manifestações conserva a natureza comum de meio estruturado. Sua existência, portanto, não decorre de impulso espontâneo ou força natural,

mas da ação deliberada do sujeito que, ao identificá-la, projeta sobre ela uma função e a integra conscientemente em um sistema de finalidades (Zaneti Júnior, 2014). A técnica só adquire existência concreta quando instrumentalizada pela racionalidade humana como ferramenta de transformação da realidade segundo critérios previamente delineados.

Por conseguinte, a técnica, considerada em sua função no campo processual, deve ser compreendida como elemento subordinado a uma finalidade que a transcende, instrumentalmente vinculada à realização das finalidades próprias do processo. Essas finalidades, por sua vez, não se exaurem na regularidade formal do procedimento ou na produção de decisões juridicamente válidas, mas remetem à recomposição de uma desordem instalada no plano do direito material, dentro de uma ideia de limites possíveis e toleráveis (Silva, 1993). O processo, enquanto mecanismo estatal de superação de conflitos, é concebido para produzir efeitos concretos sobre situações litigiosas e, por consequência, a técnica que o estrutura só adquire sentido se orientada à produção de resultados que restabeçam a normalidade jurídica rompida (Marinoni, 2004). Em última instância, essa funcionalidade técnica converge para o escopo teleológico maior da jurisdição, consistente na pacificação social, compreendida não como ausência de conflito, mas como restabelecimento da confiança institucional na capacidade do Estado de resolver controvérsias com efetividade, legitimidade e aderência ao direito vigente.

A tutela de evidência integra o conjunto das técnicas processuais estruturadas para permitir a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional definitiva, não com base em risco de ineficácia ou perecimento do direito, mas a partir de uma configuração probatória que revele, de forma ostensiva, a plausibilidade qualificada da pretensão deduzida. Esse arranjo normativo reflete uma diretriz política do processo contemporâneo de assegurar proteção mais célere à parte cuja posição jurídica demonstra, com suficiência, superioridade em termos de probabilidade de êxito (Bertoldi, 1997). Não se trata de flexibilizar garantias, mas de reconhecer que, diante de determinados quadros de evidência, a postergação da tutela apenas em nome da completude procedimental compromete a própria racionalidade do sistema.

Quando transposta para o domínio possessório, essa lógica adquire contornos mais amplos. A posse, ao ser juridicamente protegida, não o é apenas como manifestação fática de domínio ou exercício de poder sobre a coisa, mas também como forma de cumprimento de uma função reconhecida pelo ordenamento, frequentemente conectada a dimensões coletivas ou de interesse social. A evidência, nesse campo, não apenas justifica a antecipação da tutela, mas legitima a atuação jurisdicional imediata diante da necessidade de resguardar situações em que a posse atende a finalidades que extrapolam a esfera individual e repercutem na ordem social, econômica ou ambiental. Assim, o juízo de evidência, aliado à função social da posse, opera como fundamento articulado para a concessão de medidas antecipatórias dotadas de densidade material e legitimidade constitucional.

4 UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A antecipação da tutela, embora concebida como mecanismo de efetivação imediata de direitos cuja plausibilidade já se apresenta demonstrada, não se limita a produzir efeitos restritos ao plano da satisfação processual provisória. Seu impacto transcende a função estritamente executiva ou assecuratória, pois a antecipação de efeitos jurisdicionais projeta, sobre a parte adversa, um conjunto de consequências que influenciam diretamente sua conduta futura no curso do processo. Ainda que destituída de natureza sancionatória (Mazzola, 2024) em sentido estrito, essa técnica possui capacidade de reorganizar incentivos comportamentais, funcionando como vetor de indução estratégica, sobretudo quando analisada sob a perspectiva da análise econômica do direito.

Nesse domínio teórico, tem-se que medidas processuais dotadas de consequências práticas perceptíveis operam de modo funcionalmente semelhante ao sistema de preços em mercados concorrenciais (Cooter; Ulen, 2016). Tal como o aumento de preço inibe o consumo de determinados bens, a imposição de efeitos antecipatórios, ao modificar as condições de litígio, desencadeia reações defensivas ou dissuasivas por parte dos litigantes, especialmente quando estas percebem que a manutenção de

uma estratégia protelatória ou abusiva pode resultar em perdas imediatas. A tutela antecipada, portanto, ainda que isenta de intencionalidade punitiva, atua como instrumento normativo capaz de reconfigurar racionalmente o comportamento das partes, ao redistribuir riscos e ajustar as expectativas quanto aos custos processuais associados à permanência do conflito.

A interface entre direito e economia se estabelece não pela introdução de categorias financeiras no discurso jurídico, mas pela adoção de uma racionalidade analítica centrada no comportamento estratégico dos indivíduos diante de incentivos normativamente estruturados (Friedman, 2000). O ponto de convergência entre os dois campos reside na suposição de que os agentes, diante de custos, riscos e benefícios institucionalmente dispostos, tomam decisões orientadas à maximização de seus interesses, hipótese que permite reinterpretar instituições jurídicas como mecanismos de indução comportamental. Esse deslocamento metodológico permite ao direito incorporar uma matriz explicativa que ultrapassa a dogmática normativa, abrindo espaço para a análise dos efeitos reais das estruturas jurídicas sobre o comportamento das partes, dos magistrados e demais sujeitos processuais (Fux; Bodart, 2021).

Embora o diálogo entre essas disciplinas tenha inicialmente se limitado ao campo da regulação econômica, sua expansão teórica ocorre a partir da década de 1960, com o trabalho de Coase (2008) e outros autores, cujas formulações passaram a fundamentar uma abordagem mais abrangente e transversal das instituições jurídicas sob o prisma econômico (Posner, 1987). A partir desse marco, consolidou-se um campo analítico que tem contribuído para a compreensão empírica e funcional de diferentes aspectos do direito, inclusive no plano processual. Miller, por exemplo, demonstra que a aplicação de ferramentas da teoria econômica ao estudo do processo revela dinâmicas estruturais e incentivos muitas vezes invisibilizados pela análise exclusivamente normativa, permitindo avaliar com maior precisão o impacto de reformas procedimentais e o comportamento estratégico das partes diante das regras do jogo processual (Miller, 1997).

A racionalidade que orienta a análise econômica do direito permite examinar o sistema jurídico não apenas como um conjunto de

normas prescritivas, mas como um ambiente institucional capaz de gerar incentivos que moldam o comportamento dos agentes. Nesse modelo analítico, as decisões judiciais e as estruturas normativas são avaliadas por sua aptidão para induzir condutas eficientes ou disfuncionais, a partir da lógica de custos e benefícios associados a cada escolha disponível aos sujeitos processuais (Timm; Trindade, 2009). O foco desloca-se da conformidade estrita com a norma para os efeitos comportamentais que sua aplicação produz, permitindo aferir se os arranjos jurídicos existentes promovem ou desestimulam determinadas práticas.

A lição de Coase (2008), nesse contexto, introduz um critério decisório que ultrapassa o campo abstrato da imputação de responsabilidade para propor uma avaliação comparativa entre o custo social de permitir uma determinada conduta e o custo decorrente da sua restrição. Para ele, a escolha judicial mais eficiente será aquela que, ao evitar um dano, não impõe à parte afetada um prejuízo desproporcionalmente maior do que o benefício obtido com a proteção concedida. Tal raciocínio não apenas orienta o conteúdo das decisões judiciais, mas também incide sobre a forma como as partes definem suas estratégias no processo, incluindo a decisão de recorrer, de aceitar uma composição consensual ou de manter o litígio em curso. Cada uma dessas opções é influenciada por uma estrutura de incentivos que pode ser mensurada e ajustada a partir de critérios econômicos, tornando a análise econômica um instrumento relevante para compreender e aprimorar a funcionalidade do processo.

Nessa perspectiva, já nas últimas décadas do século XX, Cappelletti e Garth (1988) propuseram uma inflexão teórica no modo de compreender o processo, ao afirmarem que a centralidade da disciplina não poderia mais residir exclusivamente na análise das estruturas formais das Cortes, mas deveria se deslocar para a investigação dos efeitos concretos gerados pelos instrumentos de resolução de conflitos. Para tanto, defendiam a superação do paradigma estritamente jurídico-institucional, mediante a incorporação de aportes metodológicos oriundos de disciplinas diversas, como a sociologia, a ciência política, a psicologia e a economia, capazes de ampliar a compreensão do processo como fenômeno inserido em realidades culturais, sociais e econômicas específicas.

Nesse horizonte, Caponi (2015) enfatizava que a investigação científica do direito processual civil apenas adquire densidade epistemológica quando parte do reconhecimento de que as decisões técnicas adotadas no interior do processo não se esgotam em sua funcionalidade jurídica interna, mas se articulam com um conjunto mais amplo de variáveis contextuais. Cada formulação normativa e cada escolha interpretativa, seja por parte do legislador, seja por parte dos aplicadores do direito, constitui, na verdade, um ponto de inflexão a partir do qual se irradiam efeitos que afetam o ambiente institucional, político, econômico e social em que o processo se insere. Nessa perspectiva, a técnica não é neutra nem autorreferente, mas trata-se de um instrumento situado, cujas consequências ultrapassam a dimensão intrassistêmica da dogmática e alcançam a tessitura mais ampla das estruturas sociais.

Avançando para o âmbito das tutelas provisórias, a estrutura processual vigente frequentemente favorece a inação do réu, ao não lhe impor, durante o curso do processo, qualquer desestímulo real que o constranja a conformar sua conduta ao ordenamento. A simples possibilidade de um provimento final desfavorável, por si só, não representa incentivo eficaz para o adimplemento espontâneo, sobretudo quando os custos do inadimplemento são diluídos no tempo e de baixa intensidade. Bodart (2015) observa que, na prática, os únicos encargos suportados pelo réu durante o trâmite processual limitam-se aos impactos marginais e previsíveis, que podem ser assumidos como custo racional da resistência processual.

Danos mais substanciais experimentados pela parte autora, por sua vez, não são automaticamente reparados no bojo do mesmo processo e exigem o ajuizamento de nova demanda, sujeita a nova instrução probatória e contraditório integral, o que fragmenta a resposta jurisdicional e posterga a recomposição integral da esfera jurídica lesada. Esse modelo institucional, ao invés de induzir condutas compatíveis com o ordenamento, fomenta a estagnação estratégica, promovendo uma racionalidade perversa segundo a qual adiar o cumprimento da obrigação revela-se, muitas vezes, mais vantajoso do que cumprir voluntariamente o que já se mostra devido.

É nesse horizonte que se insere a técnica da tutela da evidência, especialmente quando fundada na configuração de uma resistência

infundada e meramente formal à pretensão do autor. A partir de um modelo de cognição que reconhece a plausibilidade qualificada da demanda, tal técnica permite não apenas a redistribuição racional dos ônus temporais do processo, antecipando os efeitos da tutela ao autor, mas também a imposição de um custo concreto à conduta do réu que instrumentaliza o contraditório como obstáculo deliberado à efetivação do direito. A tutela da evidência, nesses casos, não se limita a assegurar celeridade, mas opera como mecanismo normativo de reprovação a estratégias defensivas disfuncionais, reafirmando o compromisso do processo com a produção de comportamentos socialmente desejáveis e juridicamente legítimos (Marinoni, 2018).

5 CONCLUSÃO

A investigação parte do reconhecimento de que a posse, apesar de seu caráter fático, é juridicamente tutelada em razão de sua funcionalização no ordenamento. Trata-se de um estado de fato cuja estabilidade é essencial à organização de relações econômicas, sociais e institucionais, sobretudo no contexto do uso da terra rural. A tutela da posse, por essa razão, não se justifica apenas pelo interesse individual do possuidor, mas encontra fundamento mais amplo na preservação da paz social e na conformação de práticas conformes à função social da propriedade.

Com base nessa premissa, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro disciplina, de forma autônoma, a possibilidade de concessão de medidas liminares nas ações possessórias, especialmente nos casos de turbação ou esbulho recentes, isto é, dentro do prazo de um ano e um dia. A sistemática processual contida nos artigos 560 a 566 do Código de Processo Civil evidencia a existência de um regime normativo próprio, cuja estrutura decisória prescinde dos elementos típicos das tutelas de urgência, como o risco de dano ou a ameaça à utilidade do provimento final. O fundamento da concessão liminar reside, nesse modelo, na comprovação objetiva de elementos de fato e de direito: a legitimidade da posse, a materialidade da lesão possessória e a atualidade do ato violador.

A racionalidade desse modelo não é de exceção, mas de especificidade, já que ao tratar da tutela da posse nova, o legislador

consagrou um regime que se aproxima, em sua lógica, das tutelas de evidência. A antecipação jurisdicional da proteção possessória não depende da excepcionalidade do risco, mas da robustez do direito alegado, cuja verossimilhança qualificada autoriza resposta sumária por parte do Estado-juiz. Ao deslocar o fundamento da atuação judicial para o plano da evidência material da violação possessória, o sistema processual reconhece que o mero decurso do tempo sem reação institucional compromete não apenas a posse, mas a própria confiança dos agentes sociais na atuação eficaz da jurisdição.

Nesse contexto, a liminar possessória, ao se estruturar sobre a demonstração objetiva da posse e da lesão recente, opera segundo uma racionalidade jurídica própria, distinta das tutelas provisórias tradicionalmente fundadas no risco de ineficácia do provimento final. Trata-se de técnica jurisdicional cuja legitimidade decorre diretamente da materialidade do direito tutelado, sendo sua concessão desvinculada do *periculum in mora* e ancorada na evidência da violação possessória contemporânea. Essa especificidade revela não apenas a existência de um regime processual autônomo, mas também a necessidade de reconstrução dogmática capaz de apreender os fundamentos normativos, estruturais e funcionais que justificam sua aplicação. Ao se afastar das categorias convencionais do direito processual, a liminar possessória exige uma abordagem analítica compatível com a sua finalidade: a recomposição imediata da ordem jurídica violada, a contenção da litigiosidade disfuncional e a promoção de uma tutela jurisdicional eficiente e substancialmente orientada à proteção da posse como bem juridicamente relevante.

Essa configuração revela a construção de uma técnica processual diferenciada, voltada não à mitigação de riscos futuros, mas à recomposição imediata da ordem jurídica violada, fundada em elementos objetivos de prova. O processo, nesse contexto, deixa de operar como mero instrumento de formalização do conflito e passa a funcionar como meio racional de reorganização da realidade social, em conformidade com valores constitucionais e finalidades substanciais do direito material. A estrutura procedimental especial das ações possessórias, portanto, não representa uma deformação do devido processo legal, mas sua realização adequada às peculiaridades da pretensão deduzida.

A partir dessa moldura, a antecipação dos efeitos da tutela, nos casos em que a evidência do direito se faz presente, permite não apenas a proteção imediata do possuidor, mas também a indução de condutas mais cooperativas no interior do litígio. Ao modificar as condições de equilíbrio entre as partes e redistribuir os custos associados à permanência do conflito, a liminar possessória atua como mecanismo normativo de reprovação a estratégias defensivas infundadas, desincentivando a inércia deliberada e o uso abusivo do tempo do processo.

Essa leitura é reforçada quando se considera o impacto da morosidade jurisdicional sobre a parte que detém razão jurídica. Ainda que o processo, em tese, possa recompor integralmente a esfera jurídica do titular lesado, a permanência da violação possessória ao longo do tempo produz danos marginais, econômicos, sociais, institucionais, que não se reparam automaticamente com a sentença final.

Por fim, ao recuperar os fundamentos materiais, normativos e econômicos da tutela liminar possessória, evidencia-se que essa técnica processual não opera isoladamente, mas integra um sistema mais amplo de proteção dos direitos reais e possessórios em contexto de alta litigiosidade fundiária e de assimetria entre os sujeitos envolvidos. Sua correta aplicação exige, a compreensão de que a posse, quando exercida legitimamente, e quando violada de forma recente, deve ser objeto de tutela jurisdicional célere, eficaz e racional, sob pena de comprometer não apenas o direito subjetivo do possuidor, mas também a função ordenadora que o direito processual deve exercer sobre a realidade.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Curso de processo civil: procedimentos especiais: atualizado com as Leis 13.256/2016 e 13.532/2017**. São Paulo: Malheiros, 2018. t. 3.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Defesa da posse e ações possessórias. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 114, p. 9-66, mar./abr. 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade administrativa. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPONI, Remo. Doing business come scopo del processo civile? **Il foro Italiano**, v. 138, n. 1, p. 9-10;15-16, jan. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação de tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean Journal of Legan Studies**, v. 3, n. 1, a. 9, p. 1-36, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2016.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. v. 1.

FRANÇA, Rubens Limongi. As teorias da posse no direito positivo brasileiro. *In*: CAHALI, Yussef Said. **Posse e propriedade**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1987.

FRIEDE, Reis; WOLKART, Erik Navarro; BRAUNER, Arcênio. **Medidas liminares e providências cautelares ínsitas**: em habeas corpus, habeas data, ação popular, ação civil pública, ADIn, ADC, ADPF, ações possessórias, desapropriação, usucapião especial, ação rescisória, na lei do inquilinato e em propriedade industrial. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FRIEDMAN, David D. **Law's order**: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University Press, 2000.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LARA, Betina Rizzato. **Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAZZOLA, Marcelo. **Sanções premiais no processo civil**: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (*standards*) para sua fixação judicial. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2024.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Tutela provisória e procedimentos especiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

MILLER, Geoffrey. The legal-economic analysis of comparative civil procedure. **The American Journal of Comparative Law**, v. 45, n. 4, p. 905-918, 1997.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 99, p. 141-150, jul./set. 2000.

NICOLITT, André. **A duração razoável do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

POSNER, Richard A. The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987. **Harvard Law Review**, v. 100, p. 761-780, 1987.

RODRIGUES; Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. A tutela de evidência como técnica da atuação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 271, p. 257-276, set. 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TANAKA, Kotaro. O direito e a técnica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 119, p. 35-39, set./out. 1948.

THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 178, p. 153-179, dez. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direitos reais. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 5

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do processo:** o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A (IM)PENHORABILIDADE DAS BASES DE
DADOS DAS PESSOAS JURÍDICAS: UMA
NECESSÁRIA REFLEXÃO À LUZ DO
DATA ECONOMY

Roberto Tadao Magami Júnior

A (IM)PENHORABILIDADE DAS BASES DE DADOS DAS PESSOAS JURÍDICAS: UMA NECESSÁRIA REFLEXÃO À LUZ DO *DATA ECONOMY**

THE (IM)SEIZABILITY OF LEGAL ENTITY DATABASES: A NECESSARY REFLECTION IN THE LIGHT OF THE *DATA ECONOMY*

LA (IN)EMBARGABILIDAD DE LAS BASES DE DATOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA REFLEXIÓN NECESARIA A LA LUZ DE LA ECONOMÍA DE LOS DATOS

Roberto Tadao Magami Júnior

Pós-graduado e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Arbitragem pela Faculdade de Direito Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Direito da Proteção de Dados pela Faculdade de Direito Universidade de Lisboa/Irish Computer Society. Doutorando em Direito pela USP. Procurador Autárquico. Advogado e Árbitro. E-mail: roberto.tadao@tadaomagami.adv.br. Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/2820266304990892>]. ORCID: [<https://orcid.org/0009-0004-7940-3386>].

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A NATUREZA JURÍDICA DA BASE DE DADOS 2 AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELOS CONTROLADORES DE DADOS/RESPONSÁVEIS PELO TRATAMENTO PERMITEM A PENHORA DE UMA BASE DE DADOS? 3 OS FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DA DISCIPLINA DA PROTEÇÃO DE DADOS – *DATA ECONOMY* – ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A LGPD BRASILEIRA E O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA. 3.1 A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS E O DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO – A CADEIA DE VALOR NA ECONOMIA DOS DADOS. 3.2 A ARQUITETURA DO *DATA ECONOMY* NA UNIÃO EUROPEIA. 3.2.1 A ESTRATÉGIA PARA OS DADOS DA UNIÃO EUROPEIA. 3.2.2 O *DATA ACT* – REGULAMENTO (UE) 2023/2854 RELATIVO A REGRAS HARMONIZADAS SOBRE O ACESSO EQUITATIVO AOS DADOS E À SUA UTILIZAÇÃO. 3.2.3 O REGULAMENTO (UE) 2022/868 SOBRE A GOVERNANÇA DOS DADOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

A evolução tecnológica e a globalização promoveram novos desafios na proteção dos dados pessoais e sensíveis em razão do exponencial aumento da disponibilização destes pelos próprios titulares, acrescido do fato de que a inteligência artificial permite a assimilação de inúmeras informações para fins de criação de novos *insights*, produtos e serviços dotados de alta rentabilidade econômica. Tanto o RGPD da União Europeia quanto a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira dispõem que o uso ou compartilhamento de informações só é lícito se, e na medida em que, ao menos seja confirmado o consentimento do titular dos dados para os tratamentos relacionados a uma ou mais finalidades específicas, ou, ainda,

para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, dentre outras hipóteses.

Por esses motivos exsurtem considerações relevantes, como, por exemplo: o termo de ciência e o consentimento para a coleta de dados pode conter uma cláusula prevendo que a base de dados, contendo informações pessoais e sensíveis, seja dada em garantia ao cumprimento de determinada obrigação assumida pelo controlador de dados?

Essas são algumas perguntas a que o presente artigo pretende, ao menos em termos reflexivos, apresentar ponderações.

Palavras-chave: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia; Lei Geral de Proteção de Dados; natureza jurídica da base de dados; *Data Economy*; critérios para a portabilidade.

ABSTRACT

Technological evolution and globalization have promoted new challenges in the protection of personal and sensitive data due to the exponential increase in the availability of these data by the holders themselves, added to the fact that artificial intelligence allows the assimilation of numerous information for the purpose of creating new insights, products and services endowed with high economic profitability. Both the European Union's GDPR and the Brazilian General Data Protection Law provide that processing is only lawful if, and to the extent that, at least it is confirmed that the data subject's consent for processing related to one or more specific purposes, or for compliance with a legal obligation to which the controller is subject, among other hypotheses. For these reasons, relevant considerations arise, such as: can the term of knowledge and consent for data collection contain a clause providing that the database, containing personal and sensitive information, is given as a guarantee of the fulfillment of a certain obligation assumed by the data controller? These are some questions that this article intends, at least in reflective terms, to present considerations.

Keywords: European Union General Data Protection Regulation; General Data Protection Law; legal nature of the database; Data Economy; criteria for portability.

RESUMEN

La evolución tecnológica y la globalización han promovido nuevos retos en la protección de los datos personales y sensibles debido al aumento exponencial de la disponibilidad de estos datos por parte de los propios titulares, sumado a que la inteligencia artificial permite la asimilación de numerosas piezas de información con el propósito de crear nuevos conocimientos, productos y servicios dotados de una alta rentabilidad económica. Tanto el RGPD de la Unión Europea como la Ley General de Protección de Datos de Brasil establecen que el uso o el intercambio de información solo es lícito si, y en la medida en que, al menos, se confirme el consentimiento del interesado para el tratamiento relacionado con uno o más fines específicos, o incluso para el cumplimiento de una obligación legal a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, entre otras hipótesis. Por estas razones, surgen consideraciones relevantes, tales como: ¿puede el plazo de reconocimiento y consentimiento para la recolección de datos contener una cláusula que establezca que la base de datos, que contiene información personal y sensible, se entrega como garantía del cumplimiento de una determinada obligación asumida por el responsable del tratamiento?

Estas son algunas de las cuestiones a las que este artículo pretende, al menos en términos reflexivos, presentar consideraciones.

Palabras clave: Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea; Ley General de Protección de Datos; naturaleza jurídica de la base de datos; Economía de Datos; criterios de portabilidad.

INTRODUÇÃO

Desde a edição da Diretiva 95/46/CE¹ editada pelo Parlamento Europeu, seguida da Carta Fundamental de Direitos Fundamentais da

¹ A Directiva 95/46/CE relativa à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, exige que os Estados-Membros garantam os direitos e liberdades das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais, nomeadamente o seu direito à privacidade, com o objetivo de assegurar a livre circulação de dados pessoais na Comunidade.

União Europeia², dos Tratados da União Europeia³ e de seu funcionamento⁴, culminando ao final com o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) pela União Europeia em 2016⁵, desenvolveu-se uma robusta estrutura administrativa e tecnológica totalmente integrada e voltada à proteção de dados.

Essa ordenação contempla o Comitê Europeu para a Proteção de Dados⁶, cuja função é assegurar a aplicação coerente das regras protetivas em toda a União Europeia, por intermédio de orientações gerais sobre o RGPD.

Há também a Comissão Europeia, que emite decisões vinculantes nos litígios entre as autoridades nacionais de supervisão e possui um encarregado pela proteção de seus dados. Incumbe-lhe, outrossim, a

² A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia se tornou juridicamente vinculante com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009, possuindo o mesmo *status* que os demais Tratados da UE:

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação.

³ “Artigo 39º Em conformidade com o artigo 16º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e em derrogação do nº 2 do mesmo artigo, o Conselho adota uma decisão que estabeleça as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do presente capítulo, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.”

⁴ “Artigo 16º

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem as normas relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.
3. As normas adotadas com base no presente artigo não prejudicam as normas específicas previstas no artigo 39º do Tratado da União Europeia.”

⁵ O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente.

⁶ Este comitê é composto por representantes das autoridades nacionais de proteção de dados dos países da UE/do EEE e da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD).

aplicação das regras no que diz respeito à proteção de dados no interior das instituições europeias, além de ser responsável por apurar eventuais reclamações⁷.

Na cúpula dessa complexa estrutura administrativa destacamos o Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja atribuição é dar a última palavra no tocante à interpretação da legislação da União Europeia, sendo-lhe facultado inclusive declarar a nulidade de uma lei editada por um de seus países integrantes quando restar comprovada a violação a um dos seus Tratados e até aplicar sanções às instituições europeias, desde que as pessoas físicas ou jurídicas iniciem as ações.

E por essa razão destacamos um caso importante que será analisado pelo TJUE, versando acerca da (im)possibilidade de uma base de dados pessoais em certas condições, ser penhorada e leiloadada no âmbito de um processo de execução, ainda que as pessoas a quem esses dados digam respeito não tenham consentido (EDPB, 2024).

Pelo fato de uma ação de execução não possuir bens suficientes à satisfação de um crédito, o Judiciário da Polônia remeteu o caso ao TJUE para que se manifeste sobre a possibilidade de duas bases de dados contendo centenas de milhares de informações serem utilizadas para a satisfação de um crédito, independentemente do consentimento destes titulares de dados.

Para o advogado-geral do TJUE, Priit Pikamäe, seria possível a penhora, cabendo ao oficial de justiça estimar o valor das bases de dados em causa e o valor da sua venda em hasta pública, porquanto esta operação

⁷ Digna de nota é a Convenção 108 para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, que permitiu a adesão por outros países não integrantes da União Europeia, tais como Argentina, Uruguai, México, Marrocos, Rússia, Senegal, dentre outros, estimulando uma troca de dados de forma mais dinâmica em prol da economia, mas ao mesmo tempo assegurando o pleno respeito aos direitos dos titulares dos dados.

Também essencial mencionar o Regulamento 2018/1725/UE, relativo à proteção de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União e sobre a livre circulação desses dados, além da Diretiva 2016/680/UE, que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos da prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou a execução de sanções penais e a livre circulação desses dados.

seria considerada um tratamento dos dados nos termos do Regulamento Geral da Proteção de Dados.

Ainda para o advogado-geral, a despeito da finalidade do tratamento diferir da inicial, seria compatível com o RGPD, por se tratar de uma medida necessária e proporcional numa sociedade democrática, sendo conciliáveis o direito de propriedade da sociedade credora e o direito à proteção de dados pessoais dos utilizadores da plataforma.

Ao perscrutarmos o arcabouço jurídico da União Europeia relacionado à proteção dos dados, ou, ainda, o ordenamento jurídico brasileiro, encontraremos uma resposta sobre a im(possibilidade) dessa providência?

1 A NATUREZA JURÍDICA DA BASE DE DADOS

Em primeiro lugar, precisamos compreender sobre natureza jurídica da base de dados, e já adiantamos se tratar de um bem jurídico digital (*digital asset*), móvel, acessório, composto e imaterial, dotado de economicidade, em razão de uma atividade de natureza técnica e intelectual.

Considera-se bem móvel por ser suscetível de remoção por força alheia, sem alteração da sua substância ou da destinação econômico-social, nos termos do art. 82⁸ do Código Civil do Brasil e arts. 204 e 205⁹ do Código Civil de Portugal.

⁸ “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.”

⁹ “Artigo 204º

(Coisas imóveis)

1. São coisas imóveis:

a) Os prédios rústicos e urbanos;

b) As águas;

c) As árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo;

d) Os direitos inerentes aos imóveis mencionados nas alíneas anteriores;

e) As partes integrantes dos prédios rústicos e urbanos.

2. Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia econômica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.

3. É parte integrante toda a coisa móvel ligada materialmente ao prédio com carácter de permanência.

É acessório porque pode ser atrelado/subordinado ou não a outros bens ou serviços, de natureza pública ou privada.

A despeito de os dados pessoais ou sensíveis serem individualmente passíveis de utilização, quando não enquadráveis nas hipóteses tuteladas pela Lei n. 13.709/2018¹⁰ ou do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia¹¹, a base de dados possui natureza indivisível, pois não pode ser partilhada sem prejuízo do uso a que se destina e tampouco sem que resulte em uma substantiva desvalorização econômica¹².

Artigo 205.º

(Coisas móveis)

1. São móveis todas as coisas não compreendidas no artigo anterior.

2. Às coisas móveis sujeitas a registo público é aplicável o regime das coisas móveis em tudo o que não seja especialmente regulado.”

¹⁰ “Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

I – realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

II – realizado para fins exclusivamente:

a) jornalístico e artísticos; ou

b) acadêmicos, aplicando-se a esta hipótese os arts. 7º e 11 desta Lei;

III – realizado para fins exclusivos de:

a) segurança pública;

b) defesa nacional;

c) segurança do Estado; ou

d) atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou

IV – provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei.”

¹¹ “Artigo 2º

(...)

2. O presente regulamento não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

a) Efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União;

b) Efetuado pelos Estados-Membros no exercício de atividades abrangidas pelo âmbito de aplicação do título V, capítulo 2, do TUE;

c) Efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas;

d) Efetuado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública.”

¹² Código Civil brasileiro

“Seção IV

Por esse motivo, outrossim, podemos considerá-la um bem de natureza composta, fruto de uma coesão artificial, isto é, trata-se de algo existente em razão da conjunção de dados das pessoas físicas.

A última classificação no âmbito dos bens atribuível é que o consideramos uma universalidade de direito¹³ por configurar um conjunto de bens singulares incorpóreos, cuja unidade resulta da Lei n. 13.709/2018, e também do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

Em termos práticos essas características são importantes, porque as bases de dados, enquanto bens móveis, são adquiríveis pela tradição (entrega da coisa); podem ser objeto de mútuo, havendo previsão expressa, seja em um contrato ou no termo de ciência e consentimento assinado pelo titular dos dados.

Dos Bens Divisíveis

Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

Art. 88. Os bens naturalmente divisíveis podem tornar-se indivisíveis por determinação da lei ou por vontade das partes.”

Código Civil português

“Artigo 209º

(Coisas divisíveis)

São divisíveis as coisas que podem ser fracionadas sem alteração da sua substância, diminuição de valor ou prejuízo para o uso a que se destinam.”

¹³ Código Civil brasileiro

“Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.”

Código Civil português

“Artigo 206º

(Coisas compostas)

1. É havida como coisa composta, ou universalidade de facto, a pluralidade de coisas móveis que, pertencendo à mesma pessoa, têm um destino unitário.

2. As coisas singulares que constituem a universalidade podem ser objecto de relações jurídicas próprias.”

2 AS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELOS CONTROLADORES DE DADOS/RESPONSÁVEIS PELO TRATAMENTO PERMITEM A PENHORA DE UMA BASE DE DADOS?

O RGPD dispõe que o tratamento só é lícito se, e na medida em que se verifique, pelo menos que o titular dos dados consentiu para os tratamentos relacionados a uma ou mais finalidades específicas, ou, ainda, para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito, dentre outras hipóteses.

Da mesma maneira e nos atendo exclusivamente aos dados pessoais, a Lei n. 13.709/2018 assevera que o seu tratamento somente poderá ser realizado: (i) mediante o fornecimento de consentimento pelo titular; (ii) para o cumprimento de obrigação legal.

Entretanto, nessas duas situações exsurtem considerações relevantes, como, por exemplo: o termo de ciência e consentimento para a coleta de dados pode conter uma cláusula prevendo que a base de dados seja dada em garantia ao cumprimento de determinada obrigação assumida pelo controlador de dados?

Ocorrendo o inadimplemento dessa obrigação, a outra parte pode ingressar com ação de obrigação de fazer para que a empresa forneça compulsoriamente a base de dados? É importante destacar que, à luz dos arts. 389 e 391 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), o inadimplemento de uma obrigação dá ensejo à responsabilidade do devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado e todos os bens do devedor ficam passíveis de penhora para o cumprimento.

O Código Civil português trilha o mesmo entendimento em seus arts. 397, 601 e 602, ao asseverar que uma “obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”, e pelo seu “respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios”, salvo nas matérias suscetíveis de disponibilidade pelas partes, hipótese em que resta permitido “limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida”.

Logo, essa hipótese enquadrar-se-ia ao conceito de obrigação legal na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ou obrigação jurídica no RGD?

Caso uma empresa não possua bens ou direitos passíveis de penhora constantes do art. 835¹⁴ do Código de Processo Civil brasileiro, ou à luz da jurisprudência construída pela Justiça portuguesa¹⁵, uma base de dados seria penhorável? Ou, ainda, pode uma empresa comercializar a sua base de dados contendo informações preciosas ao desenvolvimento de produtos e serviços?

As respostas a todas essas questões nos parecem positivas pelas razões abaixo expostas.

¹⁴ “Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I – dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II – títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III – títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV – veículos de via terrestre;
- V – bens imóveis;
- VI – bens móveis em geral;
- VII – semoventes;
- VIII – navios e aeronaves;
- IX – ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X – percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI – pedras e metais preciosos;
- XII – direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII – outros direitos.”

¹⁵ O Código de Processo Civil português **não estabelece uma lista** de bens passíveis ou de penhora. Contudo, a Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação já se manifestou acerca da penhorabilidade do (i) patrimônio móvel (carros e outros veículos); (ii) patrimônio imóvel (casas e apartamentos); (iii) heranças ou quinhões hereditários (ou seja, um direito futuro); (iv) contas bancárias; (v) certificados de aforro; (vi) créditos e rendas; (vii) reformas ou pensões; (viii) salário, subsídio de férias e de natal; e (ix) subsídio de desemprego.

3 OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA DISCIPLINA DA PROTEÇÃO DE DADOS – *DATA ECONOMY* – ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A LGPD BRASILEIRA E O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA

Consoante dispõe o art. 2º da Lei n. 13.709/2018, os fundamentos para a proteção de dados são, dentre outros, o respeito à privacidade e à intimidade, mas também o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.

Ainda, o art. 11, § 3º, assevera que a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica **poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação** por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

Basicamente, significa que, inexistindo vedação ou regulamentação, vigora o livre mercado de dados, condicionados sempre à expressa ciência e autorização prévia dos titulares de dados.

Trata-se de um desdobramento natural da própria concepção de ordem econômica prevista na CF que compatibiliza os múltiplos interesses e direitos no âmbito da economia, pois a iniciativa privada na ordem possui função distinta da estatal, já que os primeiros têm pleno direito à livre iniciativa, à livre concorrência e à busca do lucro, desde que observada sua função social e os princípios da ordem econômica, tais como o respeito ao meio, a boa-fé nas relações contratuais, além de deveres para com seus consumidores, empregados e para com a valorização social do trabalho (Pertence; Barroso, 2015).

Logo, é indubitável que as empresas privadas não se confundem com o Estado, cuja função principal é orientar em primeiro lugar a sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica em geral.

Nessa senda, destacamos que é perfeitamente possível a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica, salvo se houver vedação expressa por intermédio de regulamentação editada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, o que inexistente até o presente momento.

A União Europeia desde o início concilia a privacidade de seus concidadãos com o máximo valor (econômico e social) dos dados extraídos, utilizando-os para importantes objetivos, ou, ainda, como instrumento para a inovação em bens e serviços, pois reconhece que somente grandes conjuntos de dados é que farão a diferença.

Logo, caso o titular dos dados tenha dado o seu consentimento ou o tratamento se baseie em disposições que constituam uma medida necessária e proporcional numa sociedade democrática para salvaguardar em especial os importantes objetivos de interesse público geral, o responsável pelo tratamento é autorizado a proceder ao tratamento posterior dos dados pessoais, independentemente da compatibilidade das finalidades inicialmente autorizadas, desde que o titular dos dados seja comunicado sobre e lhe seja assegurado o direito de se opor.

Nesse mesmo sentido, o art. 6º do RGPD reconhece que nas hipóteses em que o tratamento ocorrer para finalidades não enquadráveis no consentimento inicial do titular dos dados, o responsável pelo tratamento deve levar em consideração qualquer ligação entre a finalidade para a qual os dados pessoais foram recolhidos e a finalidade do tratamento posterior.

E a União Europeia possui um denso sistema que torna os dados bens de natureza econômica a ponto de ter criado uma enorme cadeia de valor a estes, conforme veremos a seguir.

3.1 A NECESSÁRIA PONDERAÇÃO ENTRE A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E SENSÍVEIS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – A CADEIA DE VALOR NA ECONOMIA DOS DADOS

Hodiernamente os dados são comparados a *commodities*, tais como o petróleo e a água, mas essas analogias ainda não contemplam todo o potencial dos primeiros, já que ao contrário dos dois últimos são facilmente reutilizáveis, potencializando a sua relevância econômica.

A cadeia de valor na economia de dados começa com a coleta, armazenamento, análise e categorização por intermédio de algoritmos, ou seja, o valor dos dados existe quando são agregados, e não de maneira individualizada.

Corroborando nossos argumentos, citamos a título exemplificativo, a coleta por intermédio de casas inteligentes, Internet das Coisas (IoT), redes sociais, aplicativos móveis e outras tecnologias.

Ainda nesse diapasão, mencionamos os fabricantes de carros autônomos, que processam grandes conjuntos de dados de informações de estradas e tráfego por meio do *machine learning* para aperfeiçoarem seus *softwares* de forma a melhor lidarem com as imprevisibilidades das condições reais de tráfego, melhorando a tomada de decisões; um aplicativo meteorológico em nosso *smartphone* nos ajuda – ou ao menos influencia – na decisão sobre o que vestiremos; um aplicativo de transporte público ou de compartilhamento de carona – analisando tempos e custos de deslocamento – nos ajuda a escolher a rota mais eficiente e econômica para o trabalho.

Note-se que os dados são inelutavelmente cada vez mais um fator de produção, complementando o trabalho humano e o capital.

Do ponto de vista da inovação, também permitem descobertas em um menor átimo de tempo.

A União Europeia (UE) é uma das potências na regulação da economia dos dados e no *design* de um mercado de dados, cujo valor é estimado pela Comissão Europeia no montante de € 829 milhões até 2025 (em torno de 2 a 6% do PIB regional).

No entanto, os dados não têm nenhum valor inerente em si, pois só agregam valor quando transformados em *insights*, produtos, serviços ou aplicativos. Sua característica peculiar é que podem ser utilizados mediante um custo muito baixo, pois as grandes empresas que operam neste setor normalmente empregam menos pessoas e investem menos em ativos físicos, mas curiosamente possuem alto valor econômico.

Esse fenômeno é deletério para a macroeconomia¹⁶, segundo Nusdeo (2010), na medida em que reduz a oferta de trabalho, traduzindo-se em maior desigualdade de renda e riqueza, pois esta concentrar-se-á cada vez mais entre os poucos proprietários e investidores dessas empresas de dados.

¹⁶ A macroeconomia não está interessada na árvore, mas sim na floresta, ou seja, com as maiores grandezas da vida econômica, tais como o progresso, o nível de emprego, os preços e a forma pela qual a renda se distribui, entre tantos outros aspectos. Mas isso não significa dizer que a micro e a macroeconomia são dois mundos diferentes, na medida em que consolidam um conjunto de fatores.

Somado a isso, o uso de dados pode inclusive ser um instrumento para a prática de condutas anticompetitivas, e por essa razão devem ser definidas novas políticas para as bases de dados das pessoas jurídicas, de forma a distribuir isonomicamente os excedentes capturados pelos monopólios de dados, com vistas a permitir o ingresso de novos concorrentes no mercado, sendo possível até pensar em uma eventual tributação que permita a redistribuição dos ganhos gerados em razão da economia de dados.

A título de exemplo, uma pesquisa no Google produz um ponto de dados – seu algoritmo processa e analisa milhões de dados subjacentes armazenados em centenas de computadores diferentes em muitos países. Esse resultado de pesquisa – um novo ponto de dados – alimenta instantaneamente o algoritmo e se torna uma entrada de fator para refinar futuras pesquisas.

Por conseguinte, os dados possuem relevantes implicações competitivas e distributivas que merecem respostas políticas, na medida em que a economia de dados está transformando radicalmente muitas atividades e criando novos níveis de prosperidade e, quiçá, indicadores econômicos em substituição ao PIB, mas também podem gerar crises de confiança e insegurança (Aghion; Antonin; Bunel, 2021)¹⁷.

Indubitavelmente, a era digital está produzindo uma grande quantidade de dados a cada segundo, porquanto as pessoas centralizam suas atividades na maioria das vezes nos seus celulares, que, por sua vez, compartilham ativamente as informações e em tempo real.

¹⁷ “[...] and others languished, and why wealth is so inequitably distributed across countries. In addition, per capita GDP has the advantage of enabling comparisons between nations not only at a given point in time but also over time.” But there are other “utils” that allow growth, i.e., new measures of what is useful or that provide well-being within a nation. “Many of these utils are traded on the market for goods and services and are therefore included in calculation of GDP, but others are not. For example, GDP does not take into account the time saved by reserving train tickets over the internet rather than queuing at the train station or a travel agency. Similarly, the photos we take with our smartphones cost us nothing and accordingly are not included in GDP. In the past, before digital cameras, we had to buy film, then pay to have our pictures developed, and all these expenditures entered into the calculation of GDP. Or considerer the technological improvements that have made a visit to the dentist much less unpleseant than it was forty years ago. Those improvements do not show up in GDP. How can we measure them?”

3.2 A ARQUITETURA DO *DATA ECONOMY* NA UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia desde 2020 reconhece o crescimento exponencial dos volumes de dados impulsionado pela revolução da Internet das Coisas (IoT), assim como a importância de explorar os vastos reservatórios de dados industriais para propiciar oportunidades de inovação e crescimento, que redefinirão a nossa forma de produzir, consumir e viver, porquanto o treinamento dos sistemas de inteligência artificial depende dessas bases.

Em razão disso, está ampliando o desenvolvimento de uma plataforma para acesso aos dados comuns e interoperáveis em setores-chave, assegurando aos usuários direitos, ferramentas e habilidades para manter o controle total de suas informações, de forma ágil e segura, por intermédio dos instrumentos jurídicos a seguir apresentados.

3.2.1 A ESTRATÉGIA PARA OS DADOS DA UNIÃO EUROPEIA

A estratégia para os dados da União Europeia (Comunicação, 2024) basicamente concebe um mercado único de reutilização de dados relacionados à saúde, indústria, energia, agricultura, administração pública, finanças e transportes numa nuvem de natureza transnacional, que concilia a proteção dos seus titulares e o pleno respeito aos direitos concorrenciais a partir de regras e práticas objetivas.

Esse agrupamento de dados europeu considera essencial o crescimento econômico, a competitividade, a inovação, a criação de emprego e o progresso social, e também entende primordial o avanço na criação de novos produtos e serviços em setores estratégicos.

Extrai-se que a estratégia possui um nítido caráter de política pública supranacional e se preocupa em permitir à Europa concorrer em pé de igualdade com a China e os EUA.

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. (Bucci, 2002, p. 241-280).

Basicamente, são uma evolução da ideia de lei em sentido formal.

Há uma nítida preocupação com a interoperabilidade e a qualidade dos dados, bem como com a sua estrutura, autenticidade e integridade para uma exploração assertiva, na medida em que a aplicação de formatos e protocolos distintos prejudicará essa estratégia.

Por essa razão, criou-se um plano normativo de interoperabilidade reforçado (Regulamento, 2012)¹⁸.

3.2.2 O DATA ACT – REGULAMENTO (UE) 2023/2854 RELATIVO ÀS REGRAS HARMONIZADAS SOBRE O ACESSO EQUITATIVO AOS DADOS E À SUA UTILIZAÇÃO

O *Data Act* impõe a disponibilização dos dados em benefício das empresas, dos cidadãos e das administrações públicas ao reconhecer que toda e qualquer informação registrada por produtos ou serviços conectados (internet das coisas) constitui relevante fonte de conhecimento e desenvolvimento de novos produtos e serviços.

Os dados registram as ações, ainda que involuntárias, do usuário do produto ou serviço utilizados, inclusive ambientais ou que sejam fruto da interação com outros produtos e serviços. Logo, essas informações devem ser compartilhadas, assim como quando os equipamentos estiverem desligados; também devem ser compartilhadas informações concernentes ao estado do *hardware*, ou, ainda, quaisquer anomalias de funcionamento.

A título de exemplo, as turbinas de aviões estão conectadas e compartilham informações para propiciar segurança e a adequada manutenção, quando necessário; os parques eólicos usam dados industriais para reduzir o impacto visual e otimizar a energia eólica; a notificação em

¹⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece medidas para um elevado nível de interoperabilidade do setor público em toda a União (Regulamento Europa Interoperável). Regulamento (UE) 1025/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Relativo à normalização europeia, que altera as Diretivas 89/686/CEE e 93/15/CEE do Conselho e as Diretivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE e 2009/105/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga a Decisão 87/95/CEE do Conselho e a Decisão 1673/2006/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

tempo real de trens atrasados pode economizar 27 milhões de horas de trabalho, que equivalem a € 740 milhões em custos de mão de obra.

Infere-se que todas essas informações podem ser utilizadas para outras finalidades, tais como aumento de eficiência e redução de tempo dos voos; melhoria do funcionamento das turbinas eólicas em prol do meio ambiente; e melhor organização em relação ao uso dos transportes públicos nos horários de pico.

Curioso que o *Data Act* impõe também a disponibilização dos metadados (são dados sobre outros dados que permitem uma melhor compreensão acerca da utilidade das informações obtidas), nomeadamente o seu contexto básico e temporal, a fim de tornar os dados utilizáveis em combinação com outros, ainda que separados e classificados com outros pontos de informação, ou reformatados num modelo de uso corrente.

Tais dados são potencialmente valiosos para as empresas e permitem a inovação e o desenvolvimento de serviços digitais e outros que protegem o ambiente, a saúde e a economia circular por facilitarem a manutenção e a reparação dos produtos conectados.

Não devem ser disponibilizadas informações inferidas a partir desses dados ou deles derivadas que sejam o resultado de investimentos adicionais na atribuição de valores ou informações, nomeadamente por meio de algoritmos complexos e exclusivos, inclusive os que façam parte de *software* abrangido por direitos de propriedade; por conseguinte, essas informações não deverão estar sujeitas à obrigação de o detentor dos dados as disponibilizar, salvo acordo em contrário.

O presente regulamento também não contempla dados que tenham sido obtidos, gerados ou acessados a partir do produto conectado, ou que tenham sido transmitidos a este para efeitos de conservação ou outras operações de tratamento em nome de outras partes que não o utilizador, como servidores ou infraestruturas de computação em nuvem operados pelos seus proprietários inteiramente em nome de terceiros para utilização por um serviço *on line*.

Segundo a Comissão Europeia, espera-se que essas regras criem € 270 milhões de PIB adicional para os Estados-Membros da UE até

2028 e sejam ofertados preços menores em relação aos serviços de pós-venda de objetos conectados, sem prejuízo de que novos sejam criados (Comunicação, 2019-2024).

3.2.3 O REGULAMENTO (UE) 2022/868 SOBRE A GOVERNANÇA DOS DADOS

O Regulamento sobre a Governança de Dados (DGA) foi promulgado no dia 3 de junho de 2022, entrou em vigor 20 dias após a publicação e passou a produzir efeitos em 24 de setembro de 2023.

Trata-se de uma forma de incentivar o desenvolvimento de empresas que prestam serviços de intermediação de dados, mediante a observância do Regulamento Geral de Proteção de Dados e a disponibilização de contratos de natureza empresarial contendo cláusulas sancionatórias para coibir eventuais práticas fraudulentas ou abusivas no tocante à utilização dos dados, além de contraprestações a serem pagas a título.

Para facilitar a partilha de dados em toda a UE e entre setores, o regulamento reforça os mecanismos que aumentam a disponibilidade de dados e promovem a confiança nessas empresas intermediárias que possuem dados acessíveis, interoperáveis e reutilizáveis (princípios FAIR), garantindo simultaneamente um elevado nível de cibersegurança.

O ato normativo de natureza vinculante reconhece a importância de que a União Europeia propicie condições de concorrência equitativas na economia dos dados para que as empresas possam competir exclusivamente em razão da qualidade dos serviços, e não da quantidade de informações que detenham.

Para tanto, exige uma boa governança, assegurando que todas as partes interessadas estejam totalmente cientes do potencial daqueles dados.

O compartilhamento de dados não necessariamente está atrelado à plataforma mencionada pelo *Data Act*, ou seja, fica permitido o compartilhamento de dados por outros sistemas desde que sempre anonimizados.

Há um *nudge* (empurrãozinho) para que dentro de uma arquitetura de escolhas os interesses do sistema sejam contemplados, pois

as empresas que disponibilizam dados relevantes serão registradas com o título de **organização de altruísmo de dados reconhecida na União Europeia**, o que lhes atribui maior notoriedade e confiança quando da cessão de dados pelos cidadãos da UE.

Possui também em seus considerandos uma orientação interpretativa ao alertar que, havendo conflito de suas disposições com o direito da União em matéria de proteção de dados pessoais ou o direito nacional, deverá prevalecer aquele que possuir maior natureza protetiva.

A Administração Pública deverá criar condições para a cessão de dados (sempre anonimizados), mediante o pagamento de taxas, por intermédio de critérios isonômicos, transparentes, proporcionais e objetivamente motivados para não ensejar nenhuma restrição à concorrência, com prioridade às micro e pequenas empresas e/ou *startups*, cujos estatutos ou contratos sociais sejam voltados ao desenvolvimento de atividades científicas, sempre preservando os direitos e interesses de terceiros e a integridade dos sistemas do setor público.

Podem ser criadas por lei categorias de dados não pessoais consideradas altamente sensíveis, caso a sua transferência possa comprometer objetivos de política pública da União, como a segurança e a saúde pública, ou acarrete riscos de reidentificação de dados não pessoais anonimizados.

As regras visam facilitar a transferência sem discontinuidades de dados valiosos entre os detentores e os utilizadores, mantendo simultaneamente a sua confidencialidade e reduzindo sobremaneira o abuso de desequilíbrios contratuais que impeçam o seu compartilhamento equitativo.

Há grandes expectativas em torno de setores de saúde, manufatura e agricultura. Em relação à manufatura, o potencial valor no compartilhamento de dados de fabricação foi estimado em € 83 bilhões apenas na otimização de processos, somado a melhorias na eficiência de recursos de até 20%.

A Volkswagen está construindo uma nuvem industrial para mais de 120 fábricas. A BMW e a Bosch revelaram tecnologia que permite que oficinas independentes acessem dados do carro para fornecer serviços pós-venda. Daimler, BMW e Volkswagen estão agrupando dados em um *data*

lake comum para auxiliar na maior segurança dos veículos autônomos – um campo que demanda muitos dados sobre cada paisagem, cada dia do ano, e a cada hora do dia. Juntos, eles estão ganhando muita força e obtendo benefícios por volume em comparação com outros carros autônomos.

Quanto à agricultura, robôs, drones e tecnologias digitais estão ajudando os agricultores a decidir com substancial informação desde a irrigação até a semeadura, melhorando a qualidade e a quantidade da produção, com custos mais baixos e uma pegada ambiental mais leve.

CONCLUSÃO

Atualmente, um pequeno número de grandes empresas tecnológicas detém os dados pessoais em escala global, tais como *Google*, *Facebook*, *Instagram*, *Amazon* e *X* (antigo *Twitter*).

E este monopólio poderá reduzir os incentivos ao surgimento, à expansão e à inovação das empresas, pois é fato notório que a automação promoverá aumento da produtividade, mas reduzirá o quantitativo de mão de obra necessário para a realização das mesmas tarefas, assim como o *offshoring* – modelo de realocação de processos de um setor para outro, com o intuito de reduzir gastos e despesas – já promove no mercado há décadas.

Há quem diga que esse monopólio criará outros tipos de trabalhos e empregos, mas ainda assim continuará sendo uma infração à ordem econômica que demandará uma reparação por meio do ordenamento jurídico para que ocorra uma descentralização desses dados.

Por essa razão, devemos redirecionar o foco da discussão para como esses dados são utilizados contra a sociedade e perscrutar como as tecnologias podem complementar os seres humanos, melhorando a sua produtividade em seus empregos atuais, além de propiciar melhores informações para a tomada de decisões humanas.

No Brasil, é incipiente a discussão sobre a criação de um mercado de dados, o que demonstra o atraso do país em termos de competitividade internacional, sendo imprescindível essa implementação a título de política pública.

A única informação sobre dados abertos, ou seja, dados acessíveis ao público, representados em meio digital, estruturados em formato aberto,

processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte, consta do Decreto n. 8.777/2016, mas a sua única finalidade até o presente momento é servir de instrumento para a fiscalização de contas por parte do TCU, por intermédio dos robôs Alice (Análise de Licitações e Editais); do painel Monica (Monitoramento Integrado para o Controle de Aquisições); do painel Adele (Análise de Disputa em Licitações Eletrônicas); o Sofia (Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor); o Ágata (Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado); e o Carina (*Crawler* e Analisador de Registros da Imprensa Nacional).

É premente darmos início às discussões sobre subsídios e apoio a tecnologias mais amigáveis aos trabalhadores, reforma tributária (além da promovida pela EC 132/2023, que em seu art. 159-4 instituiu o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, que assegura o repasse de recursos da União aos Estados e ao Distrito Federal para a promoção de ações com vistas ao desenvolvimento científico e tecnológico e à inovação.

Também devem ser desenvolvidos programas de treinamento de trabalhadores, sem prejuízo de atos a serem praticados pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência visando controlar as concentrações das *big techs*, nos termos da Lei nº 12.529/2011.

Além desses outros instrumentos já reconhecidos pela União Europeia, entendemos juridicamente possível a penhora das bases de dados tanto à luz do RGPD quanto da LGPD, desde que observada sempre a prévia comunicação aos seus titulares para eventual solicitação de exclusão de seus dados.

Concordamos, por conseguinte, com o advogado-geral Priit Pikamäe, do Tribunal de Justiça da União Europeia, que caberia ao oficial de justiça estimar o valor das bases de dados para a sua venda em hasta pública, porquanto esta operação seria um tratamento dos dados nos termos do Regulamento Geral da Proteção de Dados.

A despeito de a finalidade do tratamento diferir da inicial, seria compatível com o RGPD, por se tratar de uma medida necessária e proporcional numa sociedade democrática, além de conciliar o direito de propriedade da sociedade credora e o direito à proteção de dados pessoais dos utilizadores da plataforma.

Da mesma forma, compreendemos possível essa mesma penhora no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o art. 2º da Lei n. 13.709/2018, dentre outros fundamentos para a proteção de dados, prevê o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.

E o art. 11, § 3º, da LGPD assevera que a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica **poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação** por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências, o que, *a contrario sensu*, permite a comercialização dos dados pessoais e sensíveis, assegurado sempre mediante o prévio consentimento do titular dos dados.

Impende mencionar que o próprio Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado de que são taxativas as hipóteses de exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família previstas na Lei n. 8.009/1990 e por esse motivo não comportam interpretação extensiva.

Logo, inexistindo proscrição legislativa sobre a impenhorabilidade de uma base de dados no Brasil, a regra é a sua viabilidade jurídica e também entendemos que o oficial de justiça teria plenos poderes para proceder à avaliação, conforme os arts. 872 e seguintes do Código de Processo Civil, sem prejuízo de que o magistrado nomeie outro profissional detentor de conhecimentos especializados, sempre mediante vistoria e laudo anexados aos autos de penhora, que conterà minuciosamente a natureza dos dados e seu valor no mercado.

Ao fim e ao cabo isso significa que, inexistindo vedação seja pela via legislativa, seja pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, prevalece o livre mercado de dados, repise-se, condicionados sempre à expressa ciência e autorização prévia dos seus titulares.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. **Power and progress: our thousand-year struggle over technology and prosperity**. London: Basic Books, 2023.

AGHION, Philippe; ANTONIN, Céline; BUNEL, Simon. **The power of creative destruction: economic upheaval and the wealth of the nations**. Cambridge: Massachusetts, 2021.

BARROSO, Luís Roberto; PERTENCE, Sepúlveda. Resolução da Anvisa que proíbe o uso nos cigarros de ingredientes que não oferecem risco à saúde. Invalidez formal e material da medida. Incompetência, desvio de finalidade e asfixia regulatória. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 281-320, maio/ago. 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 30 maio 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/charter-of-fundamental-rights-of-the-european-union.html#:~:text=A%20Carta%20reafirma%2C%20no%20respeito%20pelas%20atribui%C3%A7%C3%B5es%20e,e%20do%20Tribunal%20Europeu%20dos%20Direitos%20do%20Homem>. Acesso em: 9 maio 2024.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões**: uma Estratégia Europeia para os Dados. [2004]. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/eurofit-digital-age/european-data-strategy_en#:~:text=The%20EU%20will%20become%20

an%20attractive%2C%20secure%20and,key%20sectors%2C%20with%20common%20and%20interoperable%20data%20spaces. Acesso em: 9 maio 2024.

COMISSÃO EUROPEIA (UE). Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016.

Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 9 maio 2024.

COMISSÃO EUROPEIA (UE). Regulamento 2022/868 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de maio de 2022.

Relativo à governação europeia de dados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R0868>. Acesso em: 9 maio 2024.

COMISSÃO EUROPEIA (UE). Regulamento 2023/2854 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2023.

Relativo a regras harmonizadas sobre o acesso equitativo aos dados e à sua utilização. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202302854. Acesso em: 9 maio 2024.

COMISSÃO EUROPEIA (UE). Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 1025/2012.

Estabelece medidas para um elevado nível de interoperabilidade do setor público em toda a União (Regulamento Europa Interoperável). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1025>. Acesso em: 9 maio 2024.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. Data protection guide for small business.

[S.l.]: [s.n.], [2023?]. Disponível em: https://www.edpb.europa.eu/sme-data-protection-guide/process-personal-datalawfully_pt. Acesso em: 2 abr. 2024.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e democracia:** o debate europeu. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e democracia:** o debate norte-americano. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MILLER, Chris. **Chip war:** the fight for the world's most critical technology. London: Simon & Schuster, 2022.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de novembro de 1966.** Código Civil. Lisboa: Presidência da República, 1966.
Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis. Acesso em: 30 maio 2024.

Projeto gráfico
Coordenadoria de Multimeios - STJ

Editoração
Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ

Capa
Arte: Coordenadoria Multimeios - STJ
Fotógrafo - STJ

Apoio
Biblioteca Ministro Oscar Saraiva