



Edição Especial em homenagem ao
Juiz Federal Ubiratan de Couto Mauricio

Número 18
2026

Revista Jurídica

da Seção Judiciária de Pernambuco

REVISTA JURÍDICA da Seção Judiciária de Pernambuco



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

**Edição especial em homenagem ao
juiz federal Ubiratan de Couto Mauricio
Número 18
2026**

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

EDIÇÃO ESPECIAL EM HOMENAGEM AO JUIZ FEDERAL UBIRATAN DE COUTO MAURICIO

Juiza Federal Diretora do Foro
AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAÚJO

Juiz Federal Vice-Diretor do Foro
CESAR ARTHUR CAVALCANTI DE CARVALHO

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
AMANDA TORRES DE LUCENA DINIZ ARAÚJO
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
CAMILA DECHICHA PARAHYBA
CLAUDIO KITNER
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
RAFAEL TAVARES DA SILVA

Secretária da Revista
SUZAN NATALLY VITORINO SILVA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Revisão de Texto
JOEL H.

Diagramação
TRAVASSOS EDITORA

Capa
BANCO DE IMAGENS – CANVA

Arte da Capa
MARIA BEATRIZ LOURENÇO SANTANA DA SILVA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 18 (2026) Recife, 2026

Anual

ISSN 1984 – 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca desta Seção Judiciária

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal Francisco Roberto Machado

Vice-Presidente

Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira

Corregedor

Desembargador Federal Leonardo Resende Martins

Desembargadores Federais

Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima

Des. Federal Manoel de Oliveira Erhardt

Des. Federal Rogério de Meneses Fialho Moreira

Des. Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

Des. Federal Fernando Braga Damasceno

Des. Federal Francisco Roberto Machado

Des. Federal Paulo Machado Cordeiro

Des. Federal Cid Marconi Gurgel de Souza

Des. Federal Rubens de Mendonça Canuto Neto

Des. Federal Alexandre Costa de Luna Freire

Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho

Des. Federal Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho

Des. Federal Roberto Wanderley Nogueira

Des. Federal Francisco Alves dos Santos Júnior

Desa. Federal Germana de Oliveira Moraes

Desa. Federal Joana Carolina Lins Pereira

Des. Federal Leonardo Resende Martins

Des. Federal Frederico Wildson da Silva Dantas

Des. Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho

Des. Federal Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva

Desa. Federal Cibele Benevides Guedes da Fonseca

Des. Federal Edvaldo Batista da Silva Júnior

Des. Federal Walter Nunes da Silva Júnior

Desa. Federal Gisele Chaves Sampaio Alcântara

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juizes Federais

Ubiratan de Couto Mauricio

Hélio Sílvio Ourem Campos

Frederico José Pinto de Azevedo

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto

Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho

Tarcísio Barros Borges

Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas

Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo

Almiro José da Rocha Lemos

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Tiago Antunes de Aguiar

Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio

José Baptista de Almeida Filho Neto

Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne de Araújo Pereira
Thalynni Maria de Lavor Passos
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho
Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Marcos Antonio Mendes de Araújo Filho
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Liz Corrêa de Azevedo
Guilherme Soares Diniz
Roney Raimundo Leão Otilio
Jaime Travassos Sarinho

Juizes Federais Substitutos
Isaac Batista de Carvalho Neto
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Rafael Tavares da Silva
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
André Jackson de Holanda Mauricio Júnior
Camila Dechicha Parahyba
Bruno Rodolfo de Oliveira Melo
Angelo Cavalcanti Alves de Miranda Neto
Deivisson Manoel de Lima
Rodrigo Arruda Carriço
Lucas Hollanda Belfort
Gabriella Moura Vaz de Oliveira
Raisa da Silva Costa Carmo

SUMÁRIO

SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: APLICABILIDADE DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ÀS ENTIDADES PRIVADAS, DE ACORDO COM A REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

André Jackson de Holanda M. Jr......11

O REGIME DAS NULIDADES PROCESSUAIS E AS PROVAS ILEGAIS

Bernardo Monteiro Ferraz.....39

ATÉ QUE A VIDA NOS REPARE...

Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho, Andreza De Souza Pereira, Catharine Valadares Melo de Oliveira.....65

GRAVIDEZ PRÉ-EXISTENTE: O XEQUE-MATE DO SISTEMA DE PRECEDENTES SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz.....87

AS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS PELO TEMA 485 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PARA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO A RESPEITO DE CONCURSOS PÚBLICOS, SÃO COMPATÍVEIS COM O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA CONSAGRADO NA CARTA MAGNA DE 1988

Élio Wanderley de Siqueira Filho105

O PATRIMÔNIO CULTURAL DO MORRO DA CONCEIÇÃO E A POLÊMICA DA COR

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto.....113

ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, LONGEVO E INEFICIENTE, RETRATO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS CRISTALIZADAS

Francisco de Queiroz B. Cavalcanti.....129

ENTRE EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA: O MARCO TEMPORAL DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES

Frederico Augusto Leopoldino Koehler.....147

LIBERDADE DE CRENÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Frederico José Pinto de Azevedo.....163

AS CÔRTEES CONSTITUCIONAIS E A DINÂMICA DO PODER

Hélio Sílvio Ourém Campos.....177

REGULAÇÃO ECONÔMICA, FALHAS DE MERCADO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti, Aderaldo Cavalcanti da Silva Júnior.....197

A REFORMA TRIBUTÁRIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 132, DE 2023. A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA EM SÃO TOMÁS DE AQUINO E NO PADRE ANTÔNIO VIEIRA.

Joaquim Lustosa Filho.....239

DIFERENTES MODALIDADES DE PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO APLICADAS AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Jorge André de Carvalho Mendonça.....257

**RACIONALIDADE DECISÓRIA DECORRENTE DA INCIDÊNCIA DE
TESES FIRMADAS EM PROCESSOS REPRESENTATIVOS DE CON-
TROVÉRSIA**

Kylce Anne de Araujo Pereira, Tâmara Milena Albuquerque Vieira.....269

**O INDESEJADO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO: UM ESTUDO CRÍTICO
DAS ALTERNATIVAS PARA A SUA SUPERAÇÃO**

Manoel de Oliveira Erhardt, Livia Oliveira Lemos277

**LAUDO MÉDICO, PARECER NATJUS, AVALIAÇÃO CONITEC E
PERÍCIA JUDICIAL NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS: OBJETO E
LIMITES**

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo.....301

**DA APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA SÚMULA 308 DO STJ AOS NE-
GÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO IMÓVEIS E GARANTIDOS POR
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: ESTUDO SOBRE O RESP 2.130.141-RS**

Temistocles Araujo Azevedo.....323

APRESENTAÇÃO

Temos a satisfação de apresentar a nova edição da *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, importante repositório doutrinário do pensamento dos magistrados e das magistradas federais, nos mais variados segmentos, antenado com os temas mais instigantes da atualidade.

Dentro desta perspectiva, as reflexões trazidas nos artigos aqui publicados transitam entre o palpitante aspeto da vinculatividade dos precedentes, sob o ponto de vista do seu marco temporal, além da racionalidade decisória preconizada diante das teses produzidas em recursos representativos de controvérsia, e a reforma tributária, à luz da justiça concebida por São Tomás de Aquino e Padre Antônio Vieira.

Os autores abordam relevantes aspectos concernentes à prova nas ações de medicamentos, diante dos parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal; à aplicação por analogia da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça em negócios envolvendo imóveis garantidos por alienação fiduciária; e à regulação econômica, falhas de mercado e defesa da concorrência.

Direitos e garantias fundamentais são igualmente objeto de preocupação dos doutrinadores, que abordam a liberdade de crença, o patrimônio cultural do Morro da Conceição e a polêmica da cor, bem como as Cortes Constitucionais e a dinâmica do poder. A diversidade de assuntos fica patente quando se percebe não ter sido olvidado o direito penal pátrio, naquilo que foi alcançado pelo pós-positivismo, sendo abordados, ainda, os sujeitos da improbidade administrativa.

Como os textos buscam externar o entendimento de integrantes da Justiça Federal, inclusive no exercício de seu mister jurisdicional, analisam-se, com maestria, as alternativas para a superação do silêncio administrativo, a compatibilidade do Tema 485 do Supremo Tribunal Federal com o princípio do acesso ao Judiciário e a gravidez preexistente, sob o viés dos precedentes sobre a Previdência Social.

Foram igualmente abordados temas de natureza processual, entre eles, o regime das nulidades processuais e das provas ilícitas, bem como a análise crítica do processo civil brasileiro longo e ineficiente, reflexo das

desigualdades sociais estruturalmente presentes no país e outros motes que nos fazem refletir acerca da ausência de capacidade plena de autodeterminação, principalmente quando se cuida de menores de 14 anos, para fins de consentimento da prática de atos de natureza sexual.

E aqui, convém fazer uma alusão especial à proposta desta edição, visando homenagear o eminente Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, cuja trajetória, na magistratura pernambucana e brasileira, está se encerrando por força de sua aposentadoria iminente. Trata-se de um julgador equilibrado, estudioso e dedicado, que empresta sua sensibilidade e seu vasto conhecimento jurídico, sociológico e filosófico aos jurisdicionados deste Estado e do País desde 1991.

Ubiratan tem se destacado, também, na docência, formando gerações de estudantes na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Diante da estatura intelectual, ética e humana do Professor e Juiz Ubiratan, esta revista jurídica representa uma justa e necessária manifestação de reconhecimento por sua inestimável contribuição ao Direito, à magistratura e ao ensino jurídico. Merece registro, nesse contexto, o rigor adotado pela Comissão Editorial na seleção dos trabalhos, bem como a feliz iniciativa da Direção do Foro da Seção Judiciária, que nos brinda com esta significativa homenagem.

Sigamos, portanto, à ventura de nos deleitar com as lições e provocações aqui lançadas, destacando o privilégio dos que conviveram com o Mestre Ubiratan ao longo de décadas.

Élio Wanderley de Siqueira Filho

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

**SUJEITOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
APLICABILIDADE DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO
POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ÀS ENTIDADES
PRIVADAS, DE ACORDO COM A REFORMA DA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

André Jackson de Holanda M. Jr.

Pós-graduado em Direito Constitucional
pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Pós-graduado em Direito Administrativo
pela Universidade Cândido Mendes – UCAM

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade
Cândido Mendes – UCAM
Juiz Federal

INTRODUÇÃO

A percepção natural sobre o espectro da responsabilização por improbidade administrativa orbita no âmbito da Administração Pública. Embora tal percepção não deixe de ser verdadeira, mostra-se de fundamental relevância sublinhar, eis que pouco explorado pela literatura jurídica especializada, a amplitude dos sujeitos passivos previstos na Lei de Improbidade Administrativa – LIA para além das entidades que integram a Administração Pública.

De fato, os entes públicos não são os únicos sujeitos passivos submetidos ao sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa, não sendo o controle das ações praticadas pelos entes que integram a Administração Pública o único escopo do regime jurídico de combate à improbidade administrativa, que também tem por finalidade realizar o controle dos atos

praticados por entidades privadas beneficiadas, criadas ou custeadas com recursos públicos.

Para a adequada abordagem do tema, mostra-se pertinente perscrutar os aspectos jurídicos dos sujeitos passivo e ativo da improbidade administrativa, bem como o modo de incidência do sistema de responsabilização por improbidade administrativa sobre as entidades privadas, considerando a reforma da LIA pela Lei nº 14.230/2021.

1. SUJEITOS PASSIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os sujeitos passivos da improbidade administrativa são as entidades prejudicadas com a prática do ato de improbidade administrativa, figurando, assim, como vítimas das condutas ímprobas.

Os §§ 5º, 6º e 7º do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, incluídos pela Lei nº 14.230/2021, apontam as entidades que, atingidas por ato de improbidade administrativa, legitimam a incidência do sistema de responsabilização previsto na LIA:

- Administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal;
- Entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais; e
- Entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual.

Os aludidos dispositivos legais evidenciam a opção do legislador de não restringir o sistema de combate à improbidade administrativa ao espectro da Administração Pública, na medida em que estabelece como sujeitos passivos da improbidade, além dos entes estatais, as entidades privadas que não integram a Administração Pública.

No entanto, a expansão da LIA para os entes que não integram a Administração Pública não ocorre de forma indiscriminada, demandando a existência de um interesse estatal subjacente às atividades desenvolvidas pelas entidades privadas. A incidência ampliada do regime de responsabilização por improbidade administrativa somente abrangerá as entidades privadas beneficiadas, sustentadas ou criadas com a utilização de recursos públicos, situação em que ocorrerá a convergência entre os regimes jurídicos de direito público e de direito privado, derivada do relacionamento de interesse público travado entre entes estatais e entidades privadas, viabilizando-se, assim, a caracterização de improbidade administrativa a partir de atos privados que não integram a relação jurídico-administrativa.

Sobre o assunto, explica Fábio Medina Osório:

A lei busca, primordialmente, tutelar o dinheiro público, o patrimônio público material, tanto que a definição dos sujeitos passivos alcança aqueles que atuam comumente ao abrigo das normas de direito privado, mas, por circunstâncias especiais, se encontram tocados pelo setor público. Neste campo, ocorre aquilo que se denomina de convergência entre os direitos público e privado, pois as entidades privadas são atingidas pela legislação, pouco importando que suas atividades ficassem enquadradas nas normas privatísticas¹.

A incidência da LIA em relação aos atos decorrentes de relação jurídico-privada somente ocorrerá, portanto, quando caracterizado um ponto de contato entre a atividade privada e o interesse público, consubstanciado no interesse qualificado da Administração Pública na transferência, direta ou indireta, de recursos públicos à entidade privada. O beneficiamento, a criação ou o custeio de entidades privadas com recursos públicos acaba por acionar o interesse gerencial da Administração Pública sobre as respectivas atividades privadas desenvolvidas, legitimando a incidência do regime de responsabilização por improbidade administrativa.

1 OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa – observações sobre a Lei 8.429/92. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 99.

Dessa forma, a aplicabilidade às entidades privadas do sistema de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa tem por finalidade, em última instância, a proteção da regularidade das funções públicas estatais.

1.1 CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS COMO SUJEITOS PASSIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal, ao tratar da improbidade administrativa, estabelece, no art. 37, § 4º, que os “atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal se limita a indicar as consequências sancionatórias e compensatórias mínimas decorrentes da prática do ato ímprobo, não definindo os elementos estruturantes do ato de improbidade administrativa, atribuindo ao legislador infraconstitucional a tarefa de interposição da norma constitucional, mediante a indicação dos sujeitos ativo e passivo e a tipificação dos atos ímprobos.

Em que pese o § 4º do art. 37 da Constituição Federal não tenha definido os elementos estruturantes da improbidade administrativa, mostra-se viável inferir do dever de observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, estabelecido no *caput* do mesmo dispositivo constitucional, os parâmetros necessários para caracterizar uma conduta como compatível com a probidade administrativa.

A partir dos parâmetros valorativos constitucionais, é possível sustentar, portanto, que a exigência de probidade administrativa visa a garantir o interesse difuso e transindividual de toda a sociedade na regularidade do desenvolvimento das atividades prestadas pela Administração Pública.

Dessa forma, embora a norma constitucional que serve de fundamento para instituição do sistema de responsabilização por improbidade administra-

tiva esteja alocada no capítulo da Administração Pública, a expansão da LIA para os entes privados que não integram a Administração Pública mostra-se compatível com a Constituição Federal, na medida em que abrange tão somente as entidades privadas beneficiadas, sustentadas ou criadas com a utilização de recursos públicos, denotando o interesse gerencial da Administração Pública sobre as respectivas atividades privadas desenvolvidas.

Essa maior abrangência da LIA em relação aos sujeitos passivos da improbidade administrativa, além de se mostrar afinada com a ideia de que o sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa compõe o microssistema de combate à corrupção, evidencia a finalidade de proteção da regularidade das funções públicas estatais, garantindo-se a integridade tanto das atividades desenvolvidas diretamente pelo Estado, quanto da alocação eficiente de recursos públicos em entidades privadas que desenvolvam atividades de qualificado interesse estatal.

Com isso, ao não definir os elementos estruturantes do ato de improbidade administrativa, a Constituição Federal não restringe a aplicação da LIA a relação jurídico-administrativa, sendo possível que legislador ordinário realize uma interposição da norma constitucional de modo a abranger os atos de entidades privadas que não integram a Administração Pública, mas que sofram influxos da participação estatal.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É possível diferenciar os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, de acordo com a abrangência ou extensão protetiva decorrente da responsabilização pela prática de ato ímprobo, classificando-os em duas espécies: sujeitos passivos primários e sujeitos passivos secundários.

Os **sujeitos passivos primários** são os entes que, vitimados pela prática de atos de improbidade administrativa, receberão proteção plena do sistema de responsabilização estatuído pela LIA, possibilitando, a par da aplicação das sanções previstas no art. 12 da LIA, a incidência de forma abrangente do ressarcimento integral do dano patrimonial sofrido.

Os **sujeitos passivos secundários**, por sua vez, são as entidades privadas que, embora possam ser vítimas da improbidade administrativa, receberão proteção parcial do sistema de responsabilização estatuído pela LIA, havendo limitação do ressarcimento dos prejuízos à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Anteriormente às alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, a LIA enquadrava como sujeitos passivos primários dos atos de improbidade administrativa, além dos entes da Administração Pública, as empresas incorporadas ao patrimônio público e a entidade para cuja criação ou custeio o erário houvesse concorrido ou concorresse com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. O legislador originário pautava-se pela intensidade patrimonial e financeira do Poder Público sobre tais entidades privadas, para equipará-las à Administração Pública, com a finalidade de proteção contra a prática de atos de improbidade administrativa. Por sua vez, na redação originária, a LIA enquadrava como sujeitos passivos secundários a entidade que recebesse subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como as entidades para cuja criação ou custeio o erário houvesse concorrido ou concorresse com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Com a reforma da LIA, no entanto, além de não mais se fazer referência às empresas incorporadas, por evidente impropriedade técnica, na medida em que a incorporação é causa de extinção da sociedade, nos termos do art. 219, II, da Lei nº 6.404/1976, abandonou-se a referência ao percentual de participação do erário no patrimônio ou receita de entidade privada e conferiu-se proteção plena do sistema de responsabilização estatuído pela LIA às entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais.

Dessa forma, nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 1º da LIA, incluídos pela Lei nº 14.230/2021, são **sujeitos passivos primários (ou principais)** dos atos de improbidade administrativa: i) **a administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**; e ii) **as entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais**.

Por seu turno, nos termos dos § 7º do art. 1º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021, figuram como **sujeitos passivos secundários** dos atos de improbidade administrativa **as entidades privadas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual**.

Para uma melhor organização didática das alterações perpetradas pelo legislador, colaciona-se a abaixo tabela comparativa entre os panoramas jurídicos existentes antes e após a reforma da LIA pela Lei nº 14.230/2021, relativos à classificação dos sujeitos passivos da improbidade administrativa:

	Pré-reforma da LIA pela Lei nº 14.230/2021	Pós-reforma da LIA pela Lei nº 14.230/2021
Sujeitos passivos primários	• Administração direta e indireta dos entes federativos (redação originária do art. 1º, “caput”, da LIA); • Empresa incorporada ao patrimônio público (redação originária do art. 1º, “caput”, da LIA); e • Entidade para cuja criação ou custeio o erário houvesse concorrido ou concorresse com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (redação originária do art. 1º, “caput”, da LIA).	• Administração direta e indireta dos entes federativos (redação atual do § 5º do art. 1º da LIA); e • Entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais (redação atual do § 6º do art. 1º da LIA).

Sujeitos passivos secundários	• Entidade que recebesse subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público (redação originária do art. 1º, parágrafo único, da LIA); e • Entidade para cuja criação ou custeio o erário houvesse concorrido ou concorresse com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (redação originária do art. 1º, parágrafo único, da LIA).	• Entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual (redação atual dos § 7º do art. 1º da LIA).
---	--	---

1.3 ENTIDADES PRIVADAS COMO SUJEITOS PASSIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE CONDUTA VIOLADORA DO SEU PATRIMÔNIO

É possível identificar ainda outra diferenciação entre os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, a partir da disciplina normativa estatuída nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 1º da LIA. Diversamente do que ocorre em relação aos entes públicos, a incidência do regime de responsabilização por improbidade para os entes privados, independentemente de serem classificados como sujeitos passivos primários ou secundários, depende da perpetração de conduta violadora do seu patrimônio.

Conforme dispõem os §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA, estão sujeitos às sanções da LIA os atos de improbidade praticados contra o **patrimônio** das entidades privadas referidas. Logo, os entes privados somente serão sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, quando a conduta seja praticada contra o seu patrimônio, o que demanda a ocorrência de dano patrimonial.

Dessa forma, a prática de conduta enquadrável nos tipos do art. 11 (violação aos princípios da Administração Pública) da LIA contra as entidades privadas indicadas nos §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA, por ser insuscetível de gerar dano patrimonial, não tem aptidão para ser caracterizado como ato ímprobo, na medida em que não praticado contra o patrimônio de tais entidades.

É possível chegar, assim, a conclusão de que as entidades privadas elencadas nos §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA somente poderão ser sujeitos passivos de improbidade administrativa quando praticados atos de improbidades descritos no art. 9º (enriquecimento ilícito) e art. 10 (prejuízo ao erário) da LIA, eis que suscetíveis de gerar danos patrimoniais, mostrando-se incompatível com a disciplina normativa vigente a responsabilização por improbidade de conduta enquadrável nos tipos do art. 11 (violação aos princípios da Administração Pública) da LIA.

1.4 SUJEITOS PASSIVOS PRIMÁRIOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

As entidades vítimas da improbidade administrativa contempladas com a proteção plena do sistema de responsabilização estatuído pela LIA são classificadas como sujeitos passivos primários. Diversamente do que ocorre com os sujeitos passivos secundários, não há limitação quanto à abrangência do ressarcimento integral do dano patrimonial sofrido, havendo proteção plena do sistema de responsabilização previsto na LIA.

Com a reforma da LIA, trazida pela Lei nº 14.230/2021, os entes privados que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais não mais estão submetidos a quaisquer tipos de mitigação da responsabilização decorrente da prática de improbidade administrativa, conforme se infere do § 6º do art. 1º da LIA. Logo, tais entidades privadas passam a figurar como sujeitos passivos primários do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

1.4.1 ENTIDADES PRIVADAS QUE RECEBAM SUBVENÇÃO, BENEFÍCIO OU INCENTIVOS, FISCAL OU CREDITÍCIO

Nos termos do art. 174 da Constituição Federal, o Estado poderá atuar como agente regulador da atividade econômica, exercendo a função de fomento de determinadas atividades do setor privado, com o objetivo de garantir o desenvolvimento nacional, de acordo com as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Público.

O fomento de determinadas atividades privadas pelo Estado alinha-se com o reconhecimento constitucional de que o mercado interno integra o patrimônio nacional, devendo ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do Brasil (art. 219 da Constituição Federal).

A subvenção, o benefício e o incentivo, fiscal ou creditício, são instrumentos da função estatal de fomento de determinadas atividades do setor privado que viabilizam a intervenção indireta do Estado na ordem econômica mediante a transferência ou a renúncia de receita ou patrimônio estatal, atraindo, assim, a proteção do sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Nos termos da Lei nº 4.320/1964, são consideradas subvenções, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

- a) **subvenções sociais:** aquelas destinadas às instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; e
- b) **subvenções econômicas:** aquelas destinadas às empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Conforme estabelece o art. 16 da Lei nº 4.320/1964, somente poderá ser concedida subvenção social, quando revelar-se mais econômica a suplementação de recursos de origem privada aplicados na prestação de serviços

essenciais de assistência social, médica e educacional. Verifica-se, assim, que o Estado somente deve lançar mão da subvenção social quando, sob o viés do princípio da economicidade, a prestação direta do serviço mostrar-se menos adequada do que a transferência de recursos públicos para que a entidade privada mantenha a prestação de serviço à população.

Por sua vez, nos termos do art. 18 da Lei nº 4.320/1964, a subvenção econômica pode ser utilizada para: i) a cobertura de déficit de manutenção das entidades estatais; ii) cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda de gêneros alimentícios ou outros materiais; ou iii) o pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

Regis Fernandes de Oliveira define subvenção como:

Como o auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar entidades públicas ou particulares a desenvolver atividades assistenciais, culturais ou empresariais”. Ressalta o aludido autor, no entanto, que as subvenções econômicas “são excepcionais e dizem respeito a período especial da vida institucional do país, [...] restando que às empresas de fins lucrativos apenas podem ocorrer subvenção quando a ‘concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial’ (parte final do art. 19 da Lei 4.320/64)”. Arremata, por fim, que “[s]em dúvida alguma, a subvenção não pode se destinar a criar vantagem indevida a quem quer que seja. Imperará, sempre, o interesse público, que é derogatório do particular².

Destaque-se que, a par da previsão na lei orçamentária, somente será permitida a concessão de subvenções quando haja autorização por lei específica, nos termos do art. 26, § 2º, da Lei Complementar nº 101/2000.

A exigência de lei específica evidencia a distinção entre as parcerias com as organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros, e a subvenções sociais. É que, diversamente do que pode ocorrer nas subvenções sociais, as transferências financeiras decorren-

2 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 445/448.

tes de parcerias públicas, por não estarem amparadas por autorização legal específica, não podem ser direcionadas a exclusivamente cobrir despesas de custeio de entidades privadas sem a prévia indicação de atividade ou projeto de interesse social voltados a satisfação de mútuo interesse, mediante os instrumentos de parcerias previstos na Lei nº 13.019/2014.

Assim, salvo nos casos em que as subvenções sociais venham a ser implementadas por intermédio de parcerias, sendo inclusive prevista como situação de inexigibilidade do chamamento público, nos termos do art. 31, II, da Lei nº 13.019/2014, as transferências de recursos financeiros decorrentes de parcerias com as organizações da sociedade civil não guardarão a natureza de subvenções sociais. Tal distinção mostra-se relevante para o enquadramento, em regra, das entidades do terceiro setor como sujeitos passivos secundários da improbidade administrativa, nos termos do § 7º do art. 1º da LIA, conforme se discorrerá adiante no tópico 1.5.1.

O benefício e o incentivo, por sua vez, embora guardem proximidade conceitual, não são instrumentos semelhantes. Em que pese ambos gerarem vantagens para particulares, o benefício não tem a função de induzir determinado comportamento. O incentivo, por outro lado, tem a finalidade de estimular condutas específicas de interesse do Estado.

Conforme explica Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho:

Em verdade, a relação entre tais expressões é de *gênero e espécie*: todo incentivo é um benefício, mas a recíproca não é verdadeira, pois há benefícios que não se constituem, propriamente, em incentivos. [...] Nem todo benefício, contudo, pode ser considerado um incentivo, por não possuir a finalidade de estimular condutas, essencial para a caracterização deste último³.

A isenção fiscal concedida na Zona Franca de Manaus constitui exemplo de incentivo, na medida em que visa a atrair investimentos para a Região Amazôni-

3 RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Atuação ilícita na arrecadação de tributo e concessão irregular de benefícios fiscal como atos de improbidade administrativa. In: Improbidade Administrativa: aspectos materiais e processuais da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. / Coordenadores: Daniel Octávio Silva Marinho, Marco Aurélio Ventura Peixoto. Londrina, PR: Thoth, 2023, pág. 108/109.

ca. Por sua vez, a remissão tributária e a isenção concedida em razão do princípio da capacidade contributiva são exemplos de benefícios, eis que não têm por finalidade induzir comportamentos específicos dos particulares beneficiados.

A doutrina sustenta, com razão, que a percepção por entidade privada de subvenção, benefício ou incentivo, oriundo de concessão genérica por entes públicos ou governamentais, não é apta a enquadrá-la, nos moldes do § 6º do art. 1º da LIA, como sujeito passivo da improbidade administrativa.

Sob essa perspectiva, a interpretação adequada do § 6º do art. 1º da LIA “deve restringir a sua incidência apenas às entidades que percebam individualmente tais benefícios para realização de interesses públicos específicos. Nesse caso, afigura-se inaplicável a Lei 8.492/1992 às entidades que recebem subvenções, benefícios ou incentivos genéricos da Administração, exigindo-se que o recebimento destes tipos de fomento esteja atrelado à implementação de finalidade pública específica e individualizada definida no ato de concessão, sob pena de incluirmos no conceito de sujeitos passivos da improbidade administrativa, por exemplo, todas as microempresas e empresas de pequeno porte do País, que recebem tratamento jurídico diferenciado (arts. 146, III, d, 170, IX, e 179 da CRFB; LC 123/2006), bem como as pessoas físicas isentas do Imposto de Renda”⁴.

1.5 SUJEITOS PASSIVOS SECUNDÁRIOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LIMITAÇÃO DO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS: ENTIDADES PRIVADAS PARA CUJA CRIAÇÃO OU CUSTEIO O ERÁRIO HAJA CONCORRIDO OU CONCORRA NO SEU PATRIMÔNIO OU RECEITA ATUAL

Conforme pontuado, os sujeitos passivos secundários receberão apenas proteção parcial do sistema de responsabilização estatuído pela LIA, não

4 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à reforma da Lei de Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 14. No mesmo sentido: GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa/Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 302.

havendo incidência de forma abrangente do ressarcimento integral do dano patrimonial sofrido. Assim, conforme estabelece o § 7º do art. 1º da LIA, o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela entidade privada, vítima da improbidade administrativa, será limitado à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Antes da reforma realizada pela Lei nº 14.230/2021, a proteção parcial conferida às entidades privadas, pelo sistema da responsabilização da LIA, caracterizava-se pela limitação da sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. Havia um maior déficit de proteção das entidades privadas, na medida em que a limitação incidiria sobre os efeitos da sanção patrimonial, abrangendo tanto a multa civil como o ressarcimento do dano patrimonial. Exemplifica a doutrina que, no caso em que “a contribuição dos cofres públicos à entidade foi de R\$ 5 milhões de reais e o dano ao erário alcançou a cifra de R\$ 3 milhões de reais [...], a multa não poderia, à luz da redação original da LIA, ser superior a R\$ 2 milhões de reais”⁵.

A Lei nº 14.230/2021 alterou o regime de proteção parcial do sistema de responsabilização estatuído pela LIA, tanto em relação aos entes privados abrangidos (entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual), quanto aos efeitos da responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa (limitação do ressarcimento dos prejuízos à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos). A limitação da responsabilização da improbidade administrativa praticada contra os sujeitos passivos secundários deixa, com a reforma da LIA, de ter como referencial a sanção patrimonial, passando a adotar o ressarcimento dos prejuízos.

Com isso, no atual cenário normativo, embora a condenação de ressarcimento do dano patrimonial sofrido pelo sujeito passivo secundário esteja limitada ao valor da contribuição dos cofres públicos, não há mais limitação sobre o montante da multa civil, sendo plenamente possível a sua estipulação

⁵ ARAUJO, Valter Shuenquener de. Lei de Improbidade Administrativa: comentada: com alterações da Lei nº 14.230/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2023, pág. 35.

mesmo nos casos em que a soma com o dano patrimonial ultrapasse o valor da contribuição dos cofres públicos.

1.5.1 ENTIDADES PRIVADAS DO TERCEIRO SETOR

Sob ponto de vista sociológico, é possível classificar a sociedade em três setores, sendo, mais recentemente, apontada também a existência de um quarto setor social.

O Primeiro Setor consubstancia-se no conjunto de entidades pertencentes ao Estado, tendo por característica o desempenho de atividades sociais sem finalidade lucrativa.

O Segundo Setor abrange o conjunto de empresas que formam o Mercado, onde a iniciativa privada desenvolve atividades de cunho particular com finalidade lucrativa.

O Terceiro Setor, ao seu turno, é formado por sujeitos e organizações privadas que colaboram ou cooperam com entes estatais, com vistas ao desenvolvimento de atividades sociais, com propósito altruísta, desprovidos, por conseguinte, da finalidade lucrativa própria da iniciativa privada. Tais entidades, por desenvolverem atividades de interesse social e coletivo, podem receber fomento ou incentivo estatal por intermédio de parcerias, que permitem, inclusive, a transferência de recursos públicos.

Por fim, o Quarto Setor seria formado pelas atividades econômicas informais, que estão à margem da legalidade, abrangendo inclusive atividades criminosas decorrentes de corrupção, pirataria, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas. Há, no entanto, outra visão do conceito do Quarto Setor, segundo a qual tal setor social abrangeria, na verdade, os denominados negócios ou empresas sociais, a exemplo do empreendimento desenvolvido pelo ganhador do Nobel da Paz, Muhammad Yunus, que, por intermédio do Grameen Bank, concedeu microcrédito com juros reduzidos para a população pobre em Bangladesh⁶. Nessa perspectiva, o Quarto Setor

⁶ Vale destacar trecho do discurso, durante a premiação do Nobel da Paz, feito por Muhammad Yunus: “Ao definir “empreendedor” de uma forma mais lata podemos mudar as características do capitalismo de uma forma radical e resolver muitos dos problemas econômicos e sociais não resolvidos no âmbito do mercado livre. Suponhamos que um

abarcaria os entes da iniciativa privada que auxiliam o desenvolvimento social e sustentável, tendo por objetivo o auferimento de lucro, a partir de propósitos altruístas. Em face dessa conjunção da finalidade lucrativa com viés social, mediante a aplicação da lógica de mercado à atividade filantrópica, o Quarto Setor, por se alocar no meio termo entre o Segundo e Terceiro Setores, tem sido, nessa perspectiva, denominado também de Setor “Dois e Meio”.

No âmbito do sistema de responsabilização por improbidade administrativa, ganha relevo a atuação das entidades privadas do Terceiro Setor. Conforme já pontuado, tais entidades são organizações não estatais que, sem fins lucrativos, buscam o atendimento de interesses sociais e coletivos, podendo receber recursos públicos decorrentes de parcerias com o Poder Público.

A percepção de recursos públicos pelas entidades privadas do Terceiro Setor viabiliza o enquadramento de tais entidades como sujeitos passivos da improbidade administrativa.

Nesse ponto, mostra-se relevante evidenciar a distinção entre as transferências de recursos financeiros decorrentes das parcerias do Estado com as organizações da sociedade civil e as subvenções sociais. Enquanto os recursos financeiros derivados de subvenções sociais, por estarem amparadas por autorização legal específica, podem ser direcionados exclusivamente para arcar com despesas de custeio de entidades privadas, a alocação de recursos públicos para as entidades privadas do Terceiro Setor dependem da prévia indicação de atividade ou projeto de interesse social voltados a satisfação de mútuo interesse, mediante os instrumentos de parcerias previstos na Lei nº 13.019/2014.

Diante disso, as transferências de recursos financeiros decorrentes de parcerias com as organizações da sociedade civil, por não guardarem a natureza de subvenções sociais, devem ser compreendidas no âmbito da concorrência

empreendedor em vez de ter uma só fonte de motivação (por exemplo, aumentar o lucro), tem agora duas fontes que embora distintas são igualmente irresistíveis: a) aumentar o lucro; b) fazer bem ao próximo e ao Mundo” (<https://cases.pt/wp-content/uploads/2022/02/Discurso-Yunus-Nobel.pdf>).

do erário no patrimônio ou receita das entidades privadas do Terceiro Setor, nos moldes do § 7º do art. 1º da LIA.

Ressalve-se, no entanto, a possibilidade excepcional de enquadramento das entidades privadas do Terceiro Setor como sujeitos passivos primários da improbidade administrativa, nos termos do § 6º do art. 1º da LIA, nas situações em que as subvenções sociais venham a ser implementadas por intermédio de parcerias, sendo inclusive prevista como hipótese de inexigibilidade do chamamento público, nos termos do art. 31, II, da Lei nº 13.019/2014.

Assim, a distinção entre as transferências de recursos financeiros decorrentes das parcerias do Estado com as organizações da sociedade civil e as subvenções sociais mostra-se relevante para o enquadramento, em regra, das entidades privadas do Terceiro Setor como sujeitos passivos secundários da improbidade administrativa, nos termos do § 7º do art. 1º da LIA.

Cumpre registrar que, embora incorra em impropriedade técnica, conforme será explanado no item 2, o parágrafo único do art. 2º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021, faz referência expressa às entidades do terceiro setor que recebem recursos de origem pública, mediante a celebração com a administração pública de convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente, submetendo-as ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa.

1.5.1.1 PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

A Administração Pública pode realizar parcerias com entidades da sociedade civil, quando houver interesse recíproco em regime de mútua cooperação, com vistas a colaborar ou fomentar atividades de interesse público.

As parcerias são caracterizadas pela convergência de interesses. Existem várias modalidades de parcerias, sendo instrumentalizadas por meio de con-

vênios⁷, termos de parcerias⁸, contratos de gestão⁹, termos de colaboração¹⁰, termos de fomento¹¹, acordos de cooperação¹² e outros instrumentos congêneres¹³.

Com o advento da Lei nº 13.019/2014, que institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, buscou-se concentrar, num único diploma normativo, todas as modalidades de parcerias

7 Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - convênio - instrumento que, na ausência de legislação específica, dispõe sobre a transferência de recursos financeiros provenientes do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco e em regime de mútua colaboração; [...] (Art. 2º, I, do Decreto nº 11.531/2023)

8 Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei (art. 9º da Lei nº 9.790/99).

9 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º (art. 5º da Lei nº 9.637/98).

10 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VII – termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (art. 2º, VII da Lei nº 13.019/14, com redação dada pela Lei nº 13.204/2015).

11 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VIII – termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (art. 2º, VIII, da Lei nº 13.019/14, com redação dada pela Lei nº 13.204/2015).

12 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VIII-A – acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros (art. 2º, VIII-A, da Lei nº 13.019/14, com redação dada pela Lei nº 13.204/2015).

13 Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal. (art. 184 da Lei 14.133/2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

com as entidades privadas. Prova disso é o disposto no art. 84-A¹⁴ c/c o art. 84¹⁵ da referida Lei, que restringiu os convênios a parcerias firmadas: a) entre os entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; e b) com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, afastando as normas da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (atualmente, Lei nº 14.133/2021) e da legislação referente a convênios das parcerias com as demais entidades privadas.

Ressalte-se que, diante do art. 3º da Lei nº 13.019/2014¹⁶, ficaram excluídas de sua aplicabilidade algumas modalidades específicas de parcerias com

14 Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84.

15 Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

I – entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II – decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.

16 Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I – às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitam com esta Lei;

II – (revogado);

III – aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

IV – aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

V – aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014;

VI – aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999;

VII – às transferências referidas no art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009;

VIII – (VETADO);

IX – aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:

a) membros de Poder ou do Ministério Público;

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;

c) pessoas jurídicas de direito público interno;

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;

X – às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

entidades privadas. Logo, salvo em relação aos convênios reportados acima e às modalidades de parcerias especificadas no art. 3º da Lei nº 13.019/2014, que devem observar os procedimentos estabelecidos nas legislações pertinentes, todas as demais parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil devem ser firmadas com a observância das normas estabelecidas na Lei nº 13.019/2014.

Diante da pluralidade de interessados privados na celebração das parcerias, a legislação vem estipulando a obrigatoriedade de realização de processos seletivos, por intermédio de chamamento público, de concurso de projetos ou cadastramento de programas, nos termos da Lei nº 13.019/14 (arts. 23 a 28); do Decreto nº 3.100/1999 (arts. 23 a 31); do Decreto nº 11.531/2023 (art. 6º); e da Portaria Conjunta MGI/MF/CGU nº 33/2023 (art. 16º).

2. SUJEITOS ATIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade administrativa, prejudicando os interesses das entidades públicas e privadas protegidas pelo sistema de combate à improbidade administrativa. A LIA aponta as pessoas que, praticando conduta ímproba, submetem-se às consequências sancionatórias e compensatórias previstas no sistema de responsabilização por improbidade administrativa.

De acordo com a Lei nº 8.429/92, são sujeitos ativos da improbidade administrativa o agente público e o terceiro que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade administrativa.

Para os efeitos do sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades compreendidas como sujeitos passivos da improbidade administrativa.

Diante disso, a conceituação de agente público encampada pela LIA é bastante ampla, albergando todas as pessoas que detenham algum tipo de vínculo, não só com a Administração Pública, mas também com as entidades privadas beneficiadas, criadas ou custeadas com recursos públicos, referidas nos §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA.

Destaque-se, conforme será explanado no item 2.2, que, após a reforma da LIA pela Lei nº 14.230/2021, também passa a figurar como sujeito ativo da improbidade administrativa a pessoa física celebrante de parceria com a administração pública e beneficiária de recursos de origem pública.

Importante lembrar que, diante das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 no art. 3º da LIA, o terceiro beneficiário não é mais considerado sujeito ativo do ato de improbidade administrativa.

Assim, o *extraneus* (particular que não seja qualificado como agente público) somente estará submetido ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, quando induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade, não mais se admitindo a sua responsabilização nos casos em que, ausente a participação, a conduta limite-se ao benefício, de forma direta ou indireta, das vantagens decorrentes do ato ímprobo levado a efeito pelo agente público.

Registre-se, conforme suscitado em obra aprofundada sobre o tema¹⁷, a existência de posicionamento doutrinário, no sentido de que seria possível conferir interpretação ao “caput” do art. 3º da LIA, de modo a possibilitar, mesmo após a edição da Lei nº 14.230/2021, a responsabilização do terceiro beneficiário pela prática de ato ímprobo. De acordo com essa interpretação, o beneficiamento das vantagens decorrentes do ato de improbidade seria enquadrado como concorrência dolosa, quando o terceiro beneficiário tivesse plena consciência do benefício indevido, situação em que continuaria a figurar como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa. Dessa forma, a exclusão, pela Lei nº 14.230/2021, do ver-

17 HOLANDA JR, André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 3ª edição. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 185/186.

bo “beneficiar-se” do “caput” do art. 3º da LIA teria por finalidade tão somente evitar a responsabilização de terceiros beneficiários que sequer tinham conhecimento da prática do ato ímprobo¹⁸.

Além disso, nos termos do § 1º do art. 3º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021, os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado, envolvida na prática de conduta ímproba, somente poderão figurar como sujeitos ativos de ato de improbidade administrativa, quando, além de caracterizada sua participação direta, reste comprovado que auferiram benefícios diretos das vantagens decorrentes do ato ímprobo.

2.1 EMPREGADOS E DIRIGENTES DE ENTIDADES PRIVADAS REFERIDAS NOS §§ 6º E 7º DO ART. 1º DA LIA

Ante a conceituação ampla de agente público realizada pela LIA, por intermédio da qual abarca todo aquele que exerce emprego ou função nas entidades compreendidas como sujeitos passivos da improbidade administrativa, mostra-se plenamente possível que os empregados e dirigentes de entidades privadas beneficiadas, criadas ou custeadas com recursos públicos, referidas nos §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA, possam figurar como sujeitos ativos da improbidade administrativa.

É importante destacar que os empregados e dirigentes de tais entidades privadas que pratiquem condutas ímprobas serão responsabilizados na qualidade de agentes públicos por equiparação, sendo desnecessária a atuação concomitante de servidor público.

Diversamente do que acontece com o terceiro (particular que não seja qualificado como agente público), em que a sua responsabilização demanda a atuação concomitante de agente público, a qualificação dos empregados e dirigentes de entidades privadas beneficiadas, criadas ou custeadas com recursos públicos, referidas nos §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA, como agentes

18 HEINEN, Juliano. Curso de Direito Administrativo. 4. ed., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 532/533.

públicos por equiparação possibilita a respectiva responsabilização autônoma pela prática de conduta ímproba.

Sobre o assunto, mostram-se elucidativos os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DIRIGENTE DE ENTIDADE PRIVADA QUE TERIA MALVERSADO VERBAS PÚBLICAS. AGENTE PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO. PARCIAL CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. 1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação por improbidade administrativa contra ex-dirigente de associação recreativa sustentando o cometimento de atos tipificados nos arts. 9º, XI, 10, I, XI e XII e 11 da Lei 8.429/1992, haja vista o alegado desvio de verbas públicas provenientes de convênio firmado com a Secretaria Estadual de Esporte, Lazer e Turismo. 2. **Hipótese dos autos que se diferencia daquela em que a ação por improbidade é extinta pelo fato de compor o polo passivo apenas particular, sem a presença de um agente público.** 3. **As pessoas jurídicas de direito privado que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público estão sujeitas à Lei de Improbidade Administrativa, equiparando-se os seus dirigentes à condição de agentes públicos.** [...] (AgInt no REsp n. 1.982.278/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 5/5/2025, DJEN de 9/5/2025)*

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. ORGANIZAÇÃO NÃO GOVERNAMENTAL. DIRIGENTE. VERBA PÚBLICA. IRREGULARIDADES. AGENTE PÚBLICO. EQUIPARAÇÃO. 1. O art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 submete as entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público à disciplina do referido diploma legal, equiparando os seus dirigentes à condição de agentes públicos. 2. **A Lei n. 14.230/2021, que***

alterou a Lei de Improbidade Administrativa, tornou ainda mais claro o alcance dos atos ímprobos praticados por particulares ao atuar na gestão de verbas públicas. 3. No caso concreto, os autos evidenciam supostas irregularidades perpetradas pelos recorridos, então gestores da Central Nacional Democrática Sindical - CNDS/SP, quando da execução de convênio celebrado com o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE, circunstância que equipara os dirigentes da CNDS/SP a agentes públicos para os fins de improbidade administrativa, nos termos da legislação de regência. 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp n. 2.175.646/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 24/2/2025, DJEN de 28/2/2025)

2.2 PARTICULAR QUE ATUA NO TERCEIRO SETOR E CELEBRA PARCERIA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos termos do parágrafo único do art. 2º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021, o particular que atua no terceiro setor e receba recursos de origem pública, mediante a celebração com a administração pública de convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente, está sujeito ao sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, figurando, assim, como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, equiparado a um agente público.

O referido dispositivo normativo supre lacuna que impossibilitava a responsabilização, como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, de **pessoa física** celebrante de parceria com a administração pública e beneficiária de recursos de origem pública. É que, não sendo o pacto de parceria realizado com pessoa jurídica, mas sim diretamente com pessoa física, não seria possível extrair o enquadramento como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa do *caput* do art. 2º da LIA, na medida em que os §§ 6º e 7º do art. 1º da LIA não elencam as pessoas físicas como sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa.

Assim, antes do novel dispositivo normativo, somente seria possível a responsabilização por ato de improbidade administrativa de pessoa física celebrante de parceria com a administração pública e beneficiária de recursos de origem pública, caso figurasse como terceiro, o que demandaria a atuação concomitante de agente público.

O parágrafo único do art. 2º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021, modifica esse cenário, passando a possibilitar a responsabilização direta por ato de improbidade administrativa de pessoa física celebrante de parceria com a administração pública e beneficiária de recursos de origem pública, independentemente de atuação concomitante de agente público, enquadrando-a como sujeito ativo do ato de improbidade administrativa.

Conforme explica Valter Shuenquener de Araujo.

Em um acordo dessa natureza, o particular poderá, ainda que nenhum agente público participe ou esteja envolvido, praticar condutas tidas como ímprobas. Isso ocorreria, por exemplo, na hipótese de o particular, sem o conhecimento de qualquer agente público, desviar os recursos recebidos e não os empregar integralmente nos compromissos assumidos por meio do ajuste firmado. Por sua vez, o parágrafo único do art. 2º da LIA não menciona, como faz o artigo terceiro *caput*, a exigência de que o particular induza ou concorra com o agente público para a prática do ato de improbidade administrativa. Esse quadro normativo nos leva a sustentar que, nas hipóteses do art. 2º parágrafo único da LIA, o particular poderá responder como réu em uma ação de improbidade administrativa mesmo que nenhum agente público esteja respondendo em conjunto com ele. O entendimento da necessidade de o particular responder ao lado do agente público no polo passivo da ação de improbidade só teria lugar, na nossa avaliação, nas hipóteses do art. 3º da LIA, e não nas situações mais específicas do art. 2º parágrafo único da LIA¹⁹.

19 ARAUJO, Valter Shuenquener de. Lei de Improbidade Administrativa: comentada: com alterações da Lei nº 14.230/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2023, pág. 47.

Há, no entanto, uma impropriedade técnica no parágrafo único do art. 2º da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/2021. É que o referido dispositivo legal estabelece a responsabilização por ato de improbidade administrativa da **pessoa jurídica** que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

Ocorre que, tratando-se de entidade do terceiro setor, a pessoa jurídica celebrante de parceria com a administração pública estaria abarcada pelo § 7º do art. 1º da LIA, figurando, por conseguinte, como sujeito passivo da improbidade administrativa, não podendo, por óbvio, ser responsabilizada pelos atos ímprobos contra ela praticados, na medida em que seria vítima de tais condutas. Logo, na realidade, a responsabilização por ato de improbidade recairá sobre os dirigentes, empregados ou aqueles que exercem função na referida entidade, nos termos do *caput* do art. 2º da LIA.

Dessa forma, a menção à pessoa jurídica que celebra parceria com a administração pública feita no parágrafo único do art. 2º da LIA deve ser compreendida como um reforço da submissão dos empregados e dirigentes dessa entidade ao regime de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicabilidade do sistema de responsabilização por improbidade às entidades privadas, mediante a adoção pela LIA de uma maior abrangência dos sujeitos da improbidade administrativa, mostra-se em consonância com os ditames constitucionais delineados para a proteção da probidade administrativa, em face do interesse gerencial da Administração Pública sobre as respectivas atividades privadas desenvolvidas.

O reconhecimento das entidades privadas beneficiadas, sustentadas ou criadas com a utilização de recursos públicos e dos seus respectivos empregados e dirigentes como sujeitos da improbidade administrativa, além de se mostrar afinada com a ideia de que o sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa compõe o microssistema de combate à

corrupção, evidencia a finalidade de proteção da regularidade das funções públicas estatais, garantindo-se a integridade tanto das atividades desenvolvidas diretamente pelo Estado, quanto da alocação eficiente de recursos públicos em entidades privadas que desenvolvam atividades de qualificado interesse estatal.

Em última instância, a aplicabilidade às entidades privadas do sistema de combate à prática de ato de improbidade administrativa, que restou reforçada pela reforma da LIA pela Lei nº 14.230/2021, tem por finalidade a proteção da regularidade das funções públicas estatais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Lei de improbidade administrativa comentada**: com alterações da Lei n. 14.230/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

HOLANDA JR., André Jackson de; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2025.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**: observações sobre a Lei n. 8.429/1992. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Atuação ilícita na arrecadação de tributo e concessão irregular de benefício fiscal como atos de improbidade administrativa. In: MARINHO, Daniel Octávio Silva; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (coord.). **Improbidade administrativa**: aspectos materiais e processuais da Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Londrina: Thoth, 2023.

O REGIME DAS NULIDADES PROCESSUAIS E AS PROVAS ILEGAIS

Bernardo Monteiro Ferraz

Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco
Juiz instrutor perante o Superior Tribunal de Justiça
Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

INTRODUÇÃO

A consolidação do projeto do Estado de Direito é uma das grandes conquistas civilizatórias modernas. Por meio dele, busca-se o ideal de que a atuação das instituições que corporificam o poder estatal, pautada necessariamente pela legalidade – modernamente compreendida como juridicidade –, restará afastada do abuso, seja o decorrente da quebra dos paradigmas da impessoalidade e da isonomia, seja o oriundo da eleição arbitrária da regra jurídica incidente.

Neste novo projeto de maturidade institucional, mais do que a noção do *bom* – compreendida aqui como a eleição subjetiva, pessoal, da solução adequada ao caso posto em discussão, em relação ao qual as normas jurídicas serviriam como mero instrumento –, promove-se a noção de *correto* – no qual a solução jurídica não é produto da escolha discricionária dos agentes do Estado, mas sim fruto das “regras do jogo” procedimentais e materiais, na forma de regras e princípios justificados por meio de adequada motivação.

A discussão acerca das provas ilegais insere-se em tal contexto, com particular relevância.

Em que pesem as diversas acepções do vocábulo prova, inclusive na linguagem jurídica, põe-se aqui o foco em seu caráter objetivo, tanto como caracterizador da atividade probatória quanto dos meios de prova disponíveis aos atores processuais. Em ambos os casos, porém, incidem as proibições de prova, como forma de estabelecer uma moldura dentro da qual a atividade estatal legitimamente se desenvolverá.

Posta a premissa segundo a qual a atividade processual probatória, enquanto manifestação do poder estatal, deve obedecer a determinados limites, cujas fronteiras permanecem ponto de debate doutrinário e jurisprudencial, surge a pergunta sobre a qual se debruça o presente trabalho: às provas ilegais, gênero do qual as provas ilícitas e ilegítimas são espécie, aplica-se o regime de nulidades processuais previsto no Código de Processo Civil?

Desde logo, é essencial lançar luz ao seguinte ponto: a conclusão a favor ou contrária à aplicabilidade do regime legal de nulidades às provas ilegais não condiciona a posição sobre a possibilidade de sua utilização no processo civil. Em outras palavras, reconhecer ou rejeitar a incidência do regime de nulidades processuais representa apenas uma etapa prévia: a delimitação da categoria dogmática dentro da qual ocorrerá o debate.

A proposta do estudo é, por meio da classificação, reconduzir a discussão sobre as provas ilegais às respectivas categorias da Teoria Geral do Fato Jurídico.

1. SOBRE A COMPREENSÃO DO FATO JURÍDICO

A Teoria Geral do Fato Jurídico corresponde à análise do alicerce do mundo jurídico, à discriminação das espécies de fatos tidos por jurígenos, sendo, portanto, indiscutível sua importância central para qualquer ramo do Direito. Embora tal constatação seja evidente, fato é que o tema, nas últimas décadas, despertou pouco interesse nos estudiosos¹.

1 Ao tratar especificamente sobre a distinção entre negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, em crítica passível de ser generalizada à Teoria Geral, aponta Menezes Cordeiro para a perda de precisão terminológica, ao afirmar que “esta ideia surge repetidamente nos diversos autores, até hoje, ainda que, por vezes, tenha perdido a clareza inicial. Parece, no entanto, evidente o desinteresse que a matéria vem merecendo, desde a primeira metade do século XX.”

A observação acima nos remete à ideia da existência de um espaço próprio do Direito, que se apropria de parcelas da realidade fática para lhes conferir regramento jurídico. Não se está aqui a defender a presença de uma Ciência asséptica, imune à realidade da vida. Muito ao contrário: está-se a defender que entre ambas há uma conexão, uma porta de passagem, manifestada pela incidência da norma. O mundo jurídico, entretanto, não faz parte do mundo da causalidade física, mas sim do mundo do dever-ser, orientado por uma lógica própria.

Nas palavras de Marcos Bernandes de Mello², “na sua finalidade de ordenar a conduta humana obrigatória, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano”. Assim é que, embora os fatos jurídicos advenham dos eventos sociais, nem todo evento receberá dita qualificação.

Com maestria, sintetiza Pontes de Miranda:³,

Em passagem cuja excelência justifica a citação: “o mundo jurídico confina com o mundo dos fatos (materiais, ou enérgicos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos), donde as múltiplas interferências de um no outro. O mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídico, ao jurídico, é o mundo jurídico. Nem todos os fatos jurídicos são idênticos. Donde o problema inicial de os distinguir e de os classificar.

A lição acima, devidamente compreendida, autoriza o jurista a perceber a singela – porém decisiva – diferença entre cada um dos elementos que compõem o fato jurídico.

(CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – Parte Geral, tomo I. 2ª ed., Coimbra, Almedina 2000, p. 298).

2 MELLO, Marcos Bernandes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 23.

3 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 183.

Afastando-se das lições tradicionais, que definem o fato jurídico como sendo “o evento a que a norma jurídica atribui efeitos de direito”⁴, a concepção de Pontes de Miranda serve de norte para um exame mais detalhado da figura, fornecendo um instrumental apto a promover uma mais adequada ordenação do tema.

Para tanto, antes de apresentar um conceito do fato jurídico, mostra-se essencial examinar os elementos que compõem a norma jurídica, sendo estes o suporte fático e o preceito.

O suporte fático se refere ao elemento da norma relacionado ao mundo fático, aos acontecimentos da vida real, podendo se referir (a) tanto à descrição abstrata da conduta, ao enunciado lógico, (b) quanto ao evento da vida já materializado, ocorrência efetiva no mundo do ser, portanto, ao suporte fático concretizado⁵.

Tais acontecimentos da vida são múltiplos. É possível ao Direito eleger determinado evento natural – acontecimentos cuja caracterização, descrição, independe da conduta do homem – ou conduta humana como suporte fático da norma. Quando se trata de conduta humana, é igualmente possível à norma lançar luz sobre elementos volitivos, ou não⁶, bem como sobre dados psíquicos ou valorativos, como sói ocorrer, por exemplo e respectivamente, com a ignorância do vício que inquinava a posse⁷ ou ao juízo de conformidade com o padrão normal da atuação na boa-fé objetiva.

Importa, porém, atentar que o suporte fático não se confunde com o acontecimento da vida real, o fato real, nem tampouco com o fato jurídico.

Os fatos reais são, em grande maioria, complexos. A depender da perspectiva sobre a qual apreciados, múltiplas são as particularidades fáticas – o relevo que cada aspecto recebe –, as motivações dos agentes atuantes, no caso das condutas, e a causalidade naturalística deles decorrentes. À norma, pois,

4 CARVALHO FERNANDES, Luís. *Teoria geral do direito civil. Volume III*. Facto. Lisboa, p. 5.

5 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 54.

6 Escolha esta decisiva na identificação do fato jurídico como ato jurídico em sentido lato.

7 Elemento central na avaliação sobre a boa ou má-fé do possuidor, nos termos do art. 1260.1, do Código Civil português, e art. 1.201, do Código Civil brasileiro.

cabe selecionar os pontos considerados relevantes, erigindo-os à categoria de suporte fático.

Conforme observa Karl Engisch:

Nas regras jurídicas, não é uma situação de fato em si dada que é conceitualmente fixada e tornada objeto de enunciados cognitivos, mas, antes, as situações da vida que são demarcadas e por assim dizer recriadas (...) como pressupostos de certas consequências jurídicas⁸.

Como elucidativo exemplo, Pontes de Miranda traz a questão da morte, enquanto dela não se tem notícia⁹.

Desenvolvendo o exemplo trazido pelo ilustre jurista, imaginemos a situação do indivíduo que, viajando sozinho para país distante, venha a óbito. A morte, enquanto fato real, possui identidade espacial e temporal: ocorre em determinado momento e lugar. Entretanto, enquanto não sabida, não se realiza o suporte fático que desencadeia os efeitos da morte. É possível, ao contrário, que estejam presentes os elementos do suporte fático do instituto da ausência.

No mundo do Direito, portanto, o evento morte nunca adentrou, pois é sobre o suporte fático, e não sobre o fato real, que incide a norma. Daí se tem o primeiro equívoco das conceituações tradicionais, pois o fato jurídico não advém do evento, mas sim da parcela do evento selecionada como relevante pelo suporte fático da norma.

Da mesma forma, compreender que o suporte fático não se confunde com o fato real permite melhor assimilar as diferentes categorias, espécies, de fatos jurídicos. Desde logo, porém, merece atenção a lição de que a norma elege determinados aspectos do fato da vida, sendo a classificação dos fatos jurídicos realizada à luz da descrição do suporte fático, e não das circunstâncias do fato real.

8 Apud NEVES, Marcelo da Costa Pinto. (1984). *A incidência da norma jurídica e o fato jurídico*. Revista de Informação Legislativa. Ano 21. n. 84: p. 274.

9 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p.191.

Superada a análise do suporte fático, avança-se para o segundo elemento da norma, qual seja o preceito.

Cabe ao preceito estabelecer as consequências jurídicas da incidência, o efeito possível do fato jurídico. Tais efeitos vão além do esquema simplista da atuação sobre direitos e deveres, da previsão de eficácias relacionadas à criação, modificação, transmissão ou extinção destes.

A eficácia jurídica, em verdade, alcança toda e qualquer consequência da norma, abrangendo desde a previsão de ações e exceções até a simples qualificação de uma situação jurídica.

A partir das colocações acima, leciona Marcos Bernardes de Mello¹⁰

Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo daí a juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.

Sendo produto da incidência sobre parcela da realidade, não deve espantar o jurista a circunstância de um mesmo evento da vida real, apreciado sob o influxo de diferentes suportes fáticos – parcial ou integralmente coincidentes, diga-se de passagem –, acarretar o surgimento de fatos jurídicos diversos.

A norma jurídica, portanto, incide sobre o suporte fático, dando origem ao fato jurídico. Trata-se da chamada *eficácia legal*.

O fato jurídico, por sua vez, possui a potencialidade de produzir os efeitos jurídicos previstos no preceito da norma, ou seja, a potencialidade de *eficácia jurídica*¹¹. Não deixa de ser fato jurídico, portanto, aquele cuja potencialidade dos efeitos nunca vem a se realizar, como pode acontecer do negócio jurídico sujeito a condição suspensiva que não sobrevém. O fato jurídico, portanto, não é o evento que produz efeitos jurídicos, pois estes podem nunca se verificar.

10 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 73.

11 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Volume 1*. 12. ed. Salvador: Jus-Podium, 2014, p. 529.

Firme nas colocações acima, temos que o fato jurídico é o produto da incidência da norma sobre o suporte fático, cuja consequência é o ingresso daquele no mundo jurídico, com aptidão para produzir efeitos jurídicos. Nas palavras da autorizada doutrina, “a norma jurídica, deste modo, adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos: o ser fato jurídico”¹².

Em atenção à teoria de Pontes de Miranda, à entrada no mundo jurídico corresponde ao primeiro dos três planos da experiência jurídica, o plano da existência, o qual é seguido – em relações não necessariamente cumulativas¹³ – dos planos da validade e da eficácia.

Os planos da validade e da eficácia, centrais no deslinde do tema ao qual o presente trabalho se dedica, serão oportunamente abordados. Antes, ainda no plano da existência, cabe identificar e classificar as espécies de fatos jurídicos.

Para promover qualquer classificação, é necessário estabelecer critérios distintivos, aptos, ao mesmo tempo, a identificar a categoria e a distinguir das semelhantes.

Nessa tarefa, a doutrina portuguesa, sob a influência da doutrina alemã, tende a classificar os fatos jurídicos *lato sensu* em apenas duas categorias, tendo como critério de discriminação “a dependência do evento do espírito humano”¹⁴: os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos jurídicos.

Dentro da primeira categoria se inserem tanto eventos próprios da natureza, quanto condutas humanas subtraídas do elemento volitivo¹⁵. É na segunda, entretanto, que se desenvolve o exame dos fatos jurídicos que mais atenção recebem do Direito Civil, quais sejam o ato jurídico em sentido estrito e, com destacada relevância, o negócio jurídico.

12 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 25.

13 Portanto, ingressando no mundo jurídico, o fato jurídico é, estando no plano da existência. A partir de tal pressuposto, as relações são diversas, e um fato jurídico pode: a) existir, ser válido e eficaz; b) existir, ser inválido e eficaz; c) existir, ser válido e ineficaz; d) existir, ser inválido e ineficaz; e) existir e ser eficaz.

14 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 10.

15 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – Parte Geral, tomo I, 2ª ed., Coimbra, Almedina 2000, p. 293.

Mencionada classificação, em que pese a excelência dos juristas que dela se valem, não passa ao largo das críticas.

A simples menção à colocação, sob a mesma categoria dos fatos jurídicos em sentido estrito, de eventos naturais e condutas humanas já aponta para a potencialidade de induzir a equívocos, reduzindo a capacidade da classificação de alcançar seu maior desiderato: constituir um instrumento de simplificação da realidade complexa, um norte para a aplicação dos institutos jurídicos adequados à espécie. Ademais, a classificação portuguesa nenhum espaço confere à expansão da análise dos chamados atos-fatos jurídicos.

Merece relevo e acolhida, portanto, a classificação proposta por Pontes de Miranda, cuja construção repousa na presença, ou não, de dois elementos centrais no suporte fático da norma jurídica: a) a conformidade do fato jurídico com o direito; b) a presença de ato humano volitivo¹⁶.

Um primeiro ponto a ser abordado, ainda na seara da análise geral, diz respeito à inclusão, dentre os fatos jurídicos, dos fatos ilícitos, tema outrora bastante controvertido.

Conforme afirma José de Oliveira Ascensão¹⁷, em texto do ano de 1999, “até este século não se pensou assim. O acto jurídico era somente o acto lícito. Porque o acto ilícito não poderia ser considerado acto de direito. Só quando se passou a fazer equivaler o acto jurídico ao acto produtor de efeitos jurídicos se ultrapassou o âmbito dos actos lícitos”.

Evidência de tal concepção restritiva pode ser encontrada na letra do art. 81 do antigo Código Civil brasileiro, que assim dispunha: “*Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*”.

Entretanto, a superação de tal posicionamento passa pela compreensão de que os vocábulos jurídico e lícito não possuem o mesmo significado.

A juridicidade de um determinado fato advém não da conformidade com o direito, mas sim da incidência da norma jurídica sobre o suporte fático. Uma vez superado o plano da existência – ou seja, uma vez adentrando os

16 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 115.

17 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 17.

portões do mundo jurídico –, o fato é qualificado como jurídico, seja lá qual for a eficácia jurídica atribuída pela norma, inclusive se esta atua com o fim de desconstituir seus efeitos ou sancionar o agente responsável ou imputável.

Por outro lado, as locuções ato e fato são, respectivamente, utilizadas no sentido de indicar a presença, ou não, de conduta humana como elemento central do suporte fático.

A partir de tais critérios, surgem as diferentes espécies de fatos jurídicos: a) fato conforme o direito: a.1) fatos jurídicos *stricto sensu*; a.2) ato-fato jurídico; a.3) ato jurídico *lato sensu*, cujas espécies são o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico; b) fato desconforme o direito: b.1) fato *stricto sensu* ilícito; b.2) ato-fato ilícito; b.3) ato ilícito.

Diante da necessidade de circunscrever o objeto do presente trabalho, não é possível abordar cada uma das espécies acima, sendo necessário avançar para a análise do campo da validade, próprio do regime das nulidades.

2. O PLANO DA VALIDADE E OS FATOS ILÍCITOS

O exame das diferentes categorias dos fatos jurídicos, acima empreendida, constitui a análise do plano da existência. Como dito, existir para o Direito é ingressar no mundo jurídico, fenômeno decorrente da ocorrência, no mundo real, do evento ou da conduta cujos elementos tenham sido erigidos a suporte fático de uma norma jurídica, que sobre eles incide.

O mundo jurídico, porém, não se esgota na existência. Como etapas posteriores na análise do fenômeno jurídico, sendo a existência pressuposto, surgem também os planos da validade e da eficácia, estes com relação não necessariamente complementar.

Existir para o mundo do Direito, portanto, é reunir os elementos centrais, o cerne do suporte fático. Estando estes presentes, a validade dialoga com a perfeição de tais elementos, eis que tal juízo de valor influencia – embora não condicione de maneira irrefutável – sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, sua eficácia.

Um fato que existe e é válido, em geral, produzirá efeitos. Um fato existente e inválido, sofrerá impactos em sua eficácia: se nulo, não produzirá

efeitos; se anulável, produzirá enquanto não sobrevenha decisão judicial desconstitutiva.

Merecem destaque, sobre o tema dos planos do mundo jurídico, as palavras de Pontes de Miranda¹⁸: “Para que o ato jurídico possa valer, é preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nêle atuar e permanecer. É aqui que se lhe vai exigir a *eficiência*, quer dizer – o não ser deficiente; porque aqui é que os seus efeitos se terão de irradiar (*eficácia*). A sua eficiência é a afirmação de que seu suporte fático não foi deficiente”.

Mas se os planos da validade e da eficácia não possuem relação necessária, todo fato jurídico em sentido lato comporta tal exame? A resposta é negativa para o plano da validade.

Em se tratando a validade da análise da ausência de deficiência no suporte fático, como etapa da apreciação da aptidão do ato para a produção de efeitos jurídicos desejados – a eficácia –, *o plano da validade é específico dos fatos jurídicos em que a vontade humana dirigida a um determinado fim aceito pelo ordenamento surge como elemento central*.

Ora, apenas em tais hipóteses faz sentido examinar a perfeição do ato, pois nos demais os efeitos se produzem em decorrência direta da incidência da norma, independentemente de inexistir vontade (fatos jurídicos em sentido estrito, lícitos ou ilícitos), ser esta indiferente para a norma (atos-fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos) ou ser a finalidade rechaçada pelo ordenamento (atos ilícitos).

A lição de Marcos Bernardes de Mello não destoia do acima colocado, ao consignar:

Os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito), não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis. A nulidade e a anulabilidade – que são graus da invalidade – se prendem à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico”¹⁹.

18 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo IV. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p.191.

19 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 95.

Embora não trate do plano de validade como objeto de estudo específico, a constatação acima foi percebida e abordada por Oliveira Ascensão. Ao tratar da invalidade do negócio jurídico, apontou que “só a propósito do negócio jurídico poderemos falar de invalidade. Não tem sentido perguntar se um crime é válido ou inválido”²⁰.

A observação acima merece ratificação: à exceção dos atos jurídicos em sentido lato, lícitos, nenhum outro fato jurídico pode ser válido ou inválido, portanto, sujeito ao regime da nulidade e da anulabilidade²¹. O apossamento de coisa sem dono – ato-fato jurídico – apenas é e *produz efeitos*. O mesmo se diga em relação ao ato ilícito gerador de responsabilidade civil, consistente, por exemplo, em atropelar um pedestre. Tal conduta não é inválida; é ilícita.

De fato, pacificada a inserção dos fatos ilícitos dentre os fatos jurídicos, não há como negar que tal espécie de fatos, uma vez realizado sua hipótese de incidência, adentra no mundo jurídico. Sua particularidade, todavia, não deve ser buscada em seus efeitos, mas sim em seu âmago – no cerne do suporte fático –, pois, como já advertida José de Oliveira Ascensão, “não se pode caracterizar a ação desconforme pela imposição de uma sanção. A correspondência da sanção à conduta desconforme não é unívoca”²².

Ilícito, na realidade, é o fato desconforme o direito, ou seja, aquele cujo *cerne* do suporte fático contraria o ordenamento jurídico.

O destaque conferido à expressão *cerne*, âmago, é proposital: desconformidade ao direito pode ocorrer no âmbito dos atos jurídicos *lato sensu* lícitos, como sói ocorrer com uma compra e venda praticada por um absolutamente incapaz. Tal negócio jurídico, porém, será qualificado como nulo – plano da validade, como será melhor explicado posteriormente –, e nunca como ilícito, eis que o direito aborda este fato da vida sob a perspectiva da vontade dirigida a um fim lícito. Sob tal viés, o fato lícito existe, porém, com vício no elemento vontade.

20 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 24.

21 No mesmo sentido é a lição de Pontes de Miranda: “Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*” (MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo IV. Validade. Nulidade. Anulabilidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, p. 4).

22 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil Teoria Geral. Volume II*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 16.

Nos fatos ilícitos *lato sensu*, portanto, o foco é conferido à contrariedade ao ordenamento jurídico. Segundo Menezes Cordeiro, o fenômeno deve ser simultaneamente compreendido sob uma perspectiva positiva e negativa: “pela positiva, a ilicitude advém da violação de direitos subjetivos e de norma de proteção; pela negativa, ela postula que não existam causas de justificação”²³.

Além da contrariedade ao direito, compõe o suporte fático do fato ilícito em sentido lato a imputabilidade. Conforme Marcos Bernardes de Mello, “a ilicitude exige, também como pressuposto essencial, que a contrariedade a direito seja imputável a alguém; isto é: quem a praticou (ato ilícito) ou a ela esteja vinculado (no fato *stricto sensu* e no ato-fato ilícito), tenha capacidade delitual”²⁴.

Imputabilidade, a capacidade delitual, deve ser compreendida no sentido proposto por Antunes Varela, o qual – ao tratar do tema no contexto da explicação da responsabilidade civil subjetiva – a identifica com a análise sobre se “a pessoa [é] susceptível do juízo de censura ou reprovação traduzido na imputação do fato ilícito”²⁵, juízo atestado pelos ordenamentos jurídico português e brasileiro em atenção a critérios etários e psíquicos.

Um menor de idade de quatro anos que, utilizando uma faca, arranha o veículo do seu vizinho pratica uma conduta desconforme o direito, mas não ilícita, por lhe faltar a capacidade delitual. Os pais ou responsáveis, entretanto, podem ser chamados a responder pelos prejuízos, sendo a classificação de sua responsabilidade na teoria geral dos fatos jurídicos produto dos caracteres que cada ordenamento optar por incluir no suporte fático.

Fato jurídico ilícito *lato sensu*, pois, pode ser conceituado como o ato desconforme o direito e imputável a alguém com capacidade delitual, que o praticou ou é a ele relacionado.

O reconhecimento de que o plano da validade é exclusivo dos atos jurídicos lícitos em sentido lato deve ser acompanhado da afirmação do papel dos atos ilícitos invalidantes ou nulificantes, uma das eficácias típicas desta categoria jurídica.

23 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil. Volume VIII*. 1.ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 444.

24 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico*. 3.ed. São Paulo, Saraiva, 1998, p. 200.

25 VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral. Volume I*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 555.

Não há aqui qualquer contradição, mas apenas a consequência direta da circunstância de que normas diferentes podem projetar incidência sobre um mesmo fato, inclusive em etapas diferentes. Os ilícitos invalidantes possuem a particularidade de atuar sobre fatos que já superaram o plano da existência, atingindo-os no plano da validade.

Marcos Bernardes de Mello pontua: “É uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito invalidante, que, na verdade, tem natureza especial, diferente dos outros atos ilícitos porque recebe esse caráter de ilicitude por força da incidência de normas jurídicas invalidantes, que atuam já dentro do mundo jurídico, no plano da validade. Ao entrar no plano da existência, o ato jurídico é, como qualquer outro, apenas ato jurídico. Ao alcançar o plano da validade, se há déficit em elemento nuclear do suporte fático, decorrente de específicas contrariedades a direito, sofre a incidência da norma invalidante, cuja consequência é torná-lo inválido (= nulo ou anulável) em razão de sua natureza ilícita”²⁶.

Exemplificando a lição acima, tem-se o seguinte: o contrato de compra e venda celebrado sob coação é um negócio jurídico inválido.

É negócio jurídico por constituir a transferência de bens espécie de manifestação de vontade admitida pelo ordenamento jurídico: lícita, portanto. Entretanto, a invalidade aqui verificada decorre da existência de um ato ilícito com eficácia nulificante, qual seja a coação. A coação em si, enquanto ato desconforme o direito praticado por sujeito imputável, nunca é válida ou inválida, mas apenas ilícita. Inválido é o negócio jurídico.

A invalidade, pois, “tem o caráter de sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário ao direito (= ilícito). É verdade que aparenta diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade ou anulabilidade), tem efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos”²⁷.

26 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico : plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 45.

27 MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico : plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46.

Fixados os contornos do plano da validade, cabe reiterar que seu exame dialoga com *a perfeição dos elementos referentes ao sujeito, ao objeto ou à forma* do ato qualificado pela vontade.

3. DO FATO JURÍDICO PROCESSUAL *LATO SENSU* AO ATO PROCESSUAL

A exposição das diferentes categorias de fatos jurídicos e a compreensão da existência de planos é a premissa, o alicerce, do raciocínio a seguir empreendido. Cabe, agora, identificar o que vem a ser o fato jurídico processual, gênero e espécies, para que se possa classificá-los e examinar a aplicabilidade do plano da validade a eles.

Desde logo, a utilização do instrumental acima não deve causar estranheza ao estudioso do processo civil. Embora tradicionalmente abordado nas cadeiras de Direito Civil, a teoria geral do fato jurídico – como o próprio nome indica – tem a pretensão de não se limitar a qualquer fronteira demarcada pela dogmática. O fenômeno jurídico, em verdade, é um só.

Como bem destacado por Araken de Assis:

É hora de visualizar os atos em si mesmos. A noção de ato processual, primeira etapa dessa empreitada, arranca das profundezas da teoria geral do direito para acomodar-se no posto hierárquico mais elevado da ciência processual. Afinal, o processo compõe-se de atos processuais idealizados e ordenados segundo o notável e elevado escopo da atividade jurisdicional^{28 29}.

Ao abordar-se o processo, é imediata a noção de que se trata de uma sequência de fatos e comportamentos concatenados, voltados à produção de um

28 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1280.

29 Em igual sentido, adverte Rosemiro Leal: “É preciso conhecer a teoria dos fatos jurídicos para se ter suficiente compreensão do ato processual que, como óbvio, é ato jurídico-processual” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 175)

ato final, conclusivo, qual seja a decisão jurisdicional sobre o objeto litigioso. Pontua a doutrina a íntima relação entre os atos que compõem o procedimento e a relação processual por eles dinamizada, sendo os primeiros fundamentados no desenvolvimento do último³⁰.

Fredie Didier Jr. bem ilustrou a questão, ao assim expor:

O estudo do *ato processual* não pode ignorar essa constatação: há o ato-complexo *procedimento*, verdadeiro substantivo coletivo (como o cardume, a penca e o enxame), pois exprime a ideia de coletividade, de conjunto de atos que pode ser estudado como unidade, assim como há cada *um* dos *atos do procedimento* (petição inicial, citação, contestação, etc.), que têm a sua própria individualidade e também podem ser estudados isoladamente. É possível estudar o comportamento de um *cardume* ou de um *peixe*. É possível estudar o *processo* como *unidade* ou cada uma das *unidades* que compõem o *processo*³¹.

Ao presente estudo, importam particularmente os fatos e atos em sua unidade, cabendo em primeiro lugar consignar merecer o adjetivo processual todo fato jurídico cujos efeitos diretamente irradiem para a relação jurídica processual. Ou seja, compondo determinado fato da vida o suporte fático de uma norma voltada a disciplinar os efeitos de tal acontecimento na dinâmica do processo, restará caracterizado o fato processual *lato sensu*.

Conforme abordado alhures, os fatos jurídicos em sentido estrito são marcados pela ausência de ato humano em seu suporte fático. Exemplo claro se apresenta na morte da parte, fonte de efeitos jurídicos relacionados à suspensão do processo (art. 270º do Código de Processo Civil português e art. 313 do Código de Processo Civil brasileiro) e à sucessão processual (art. 351º do Código de Processo Civil português e art. 110 do Código de Processo Civil brasileiro). O parentesco, outro fato jurídico *stricto sensu*, atua no processo em diversos institutos, a exemplo das questões relacionadas à imparcialidade

30 SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração. História. Teoria. Prática*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 281.

31 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Volume I. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 238.

do julgador (art. 117º do Código de Processo Civil português e art. 147 do Código de Processo Civil brasileiro).

Os atos-fatos jurídicos – condutas humanas nas quais a vontade está presente, mas é juridicamente indiferente –, por sua vez, estão igualmente presentes: a) atos-fatos reais: o pagamento das custas; b) atos-fatos caducificantes: as perdas de prazo em geral, bem como a revelia; c) atos-fatos que geram obrigação de indenizar independentemente de culpa, a exemplo, no Código brasileiro, da reforma da decisão que fundamentou a hipoteca judiciária (art. 495, § 5º, do Código de Processo Civil brasileiro).

Os fatos ilícitos, com contrariedade ao direito e imputabilidade, se apresentam na dinâmica processual na forma de atos-fatos ilícitos – com eficácia autorizativa da tutela de evidência do art. 311, I, do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo – e, mais comumente, como atos ilícitos, cujo maior exemplo está na responsabilidade pela atuação de má-fé (art. 542º do Código de Processo Civil português). Os atos ilícitos com eficácia invalidante, por sua importância com o tema das nulidades, serão abordados posteriormente.

No campo dos atos jurídicos em sentido lato, a disciplina processual prevê diversas hipóteses de negócios jurídicos, garantindo às partes não apenas a opção pela categoria jurídica, mas poder de estipulação. A desistência do recurso interposto, por exemplo, é típico exemplo de negócio jurídico unilateral. Por outro lado, o acordo das partes voltados à alteração da causa de pedir ou do pedido possui as características de uma convenção, negócio jurídico bilateral (art. 264º do Código de Processo Civil português).

Expostas as espécies acima, passa-se à análise da mais relevante categoria de fato jurídico processual: o ato processual.

O conceito de ato processual, entretanto, é dos mais conflituosos da dogmática processualista, não sendo a pretensão do presente trabalho examinar pontualmente as diversas posições, fundamentos e consequências.

Há posições centradas na qualidade do sujeito, que deve ser parte processual³²; centradas no fato de ter sido produzido no bojo do procedimento;

32 “Son actos procesales los que realizan las partes y el órgano jurisdiccional para preparar, iniciar, impulsar y terminar el procedimiento, logrando el fin que el proceso se propone” (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. *Tratado de derecho procesal civil: proceso declarativo. Proceso de ejecución*. Pamplona: Aranzadi, 1982, p. 552).

combinando ambas as características³³; ou centrado na produção de efeitos na relação processual³⁴.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que o princípio do devido processo legal – elemento central no Estado de Direito – exige a construção de um procedimento com certo grau de rigidez, de previsibilidade. O estabelecimento legal de um itinerário para a relação jurídica processual atua como medida voltada a evitar o arbítrio do Estado-juiz, permitindo ao cidadão antever o caminho que percorrerá o debate sobre o bem da vida litigioso.

Justifica-se, portanto, a relevância dos atos processuais na dinâmica concreta do ato-complexo procedimento. Nestes, compõem o suporte fático uma conduta humana lícita, caracterizada pela manifestação ou declaração de vontade voltada à adesão a uma categoria jurídica de efeitos preestabelecidos. De atos jurídicos em sentido estrito, portanto, se trata³⁵.

A marca diferencial de tal espécie de atos, responsável por justificar sua adjetivação como processual, repousa na “circunstância de o ato processual irradiar efeitos no processo, praticar-se no instrumento da jurisdição”³⁶. Adota-se, portanto, um conceito combinado, que inclui no suporte fático a qualidade especial dos sujeitos enquanto sujeitos processuais³⁷, o *locus* na dinâmica processual e a eficácia voltada à criação, modificação ou extinção da relação processual³⁸.

33 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile. Volume I*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, p. 183.

34 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume I*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 243.

35 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1289.

36 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1284.

37 CHIOVENDA, Jose. *Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Traduzido por Jose Casais y Santaló. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977, p. 244.

38 “Se llaman actos de las partes los que dan vida a la situación jurídica procesal, es decir, los que crean, modifican o extinguen las perspectivas, posinilidade y cargas procesales, o la liberación de éstas. Los actos de las partes son actos jurídicos, esto es, de transcendencia jurídica” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editora Labor, 1936, p. 227)

Central, portanto, que o ato processual se insira no procedimento como ato típico, como partícipe do roteiro legalmente previsto para a solução da demanda. O ato processual típico, pois, atua “influindo directamente na relação processual”³⁹.

São atos processuais, portanto, desde a petição inicial até a contestação, passando pela apresentação de réplica ou a interposição de recurso. Em qualquer dos casos, está-se diante de um ato de vontade manifestado na conduta processual, declaração escrita ou oral, cujos efeitos são preestabelecidos pela norma.

Em decorrência de tais peculiaridade, atos processuais têm seus pressupostos de existência e requisitos de validade fixados na lei processual.

4. DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME DA NULIDADE PROCESSUAL

O regime das nulidades diz respeito ao exame da perfeição do suporte fático da norma em que a vontade humana seja relevante, ou seja, à ausência de defeito relativo ao sujeito, ao objeto e à forma do ato lícito no qual a vontade é elemento essencial.

A premissa acima, exposta no estudo da teoria geral do direito, é igualmente aplicável aos fatos processuais em sentido lato. Portanto, *apenas os negócios jurídicos processuais e os atos processuais podem ser válidos ou inválidos*, sujeitos, pois, a sofrer a sanção de invalidade em decorrência da presença de um ilícito invalidante.

No regime *processual* das nulidades, entretanto, dá-se um passo a mais, altera-se o foco.

O processo é concebido para se desenrolar na cadeia de atos processuais, da fase postulatória à decisória. A relevância dos atos processuais condiciona e justifica a existência de disciplina específica na lei adjetiva quanto a estes.

Sendo atos jurídicos em sentido amplo, os atos processuais podem ter sua perfeição analisada sob o viés do sujeito, do objeto ou da forma. Quanto

39 SOARES, Fernando Luso. *Processo Civil de Declaração. História. Teoria. Prática*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 301.

ao primeiro requisito, não apenas o agente deverá ser capaz, mas também a própria manifestação de vontade deverá ser livre e desembaraçada. O objeto do ato processual, por sua vez, deverá ser lícito e possível.

Tais perspectivas de exame, porém, são alheios ao sistema de nulidade processual, cujo foco repousa exclusivamente na apreciação da adequação formal. Nas palavras de Araken de Assis, “a disciplina das invalidades dos atos processuais, no processo civil, não se ocupa dos defeitos atinentes aos sujeitos e ao objeto (...). Os vícios atinentes às partes, apurados no processo, receberam tratamento específico (...). Os vícios de vontade revelam-se pouco relevantes, porque a voluntariedade do comportamento, inserida no modelo do ato, em geral sobreleva-se aos fins da declaração de vontade”⁴⁰.

O regime de nulidade previsto nos artigos 276 e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro, portanto, é concebido em atenção às necessidades de *perfeição formal dos atos processuais*, compreendidos como atos integrantes da série que é o procedimento. Basta, para tanto, ler o artigo inaugural do título, o qual afirma: “Quando a lei prescrever *determinada forma sob pena de nulidade*, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

A constatação acima serve de fundamento para a disciplina própria do regime de nulidades processuais, diversa daquela ordinariamente verificada em sede de Direito Privado.

Bem pontua Fredie Didier Jr.: “O sistema de invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais. Ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano de validade dos atos jurídicos. O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades. A nulidade de um ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito”⁴¹.

40 ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume II: parte geral: institutos fundamentais: tomo I*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1642

41 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume I*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 250.

Realmente: se o procedimento é compreendido como dinâmico, um devir permanente, composto em seu interior por diversos atos, que devem se conformar ao modelo legal, a análise de sua perfeição formal deve buscar, ao máximo, seu aproveitamento. Invalidez é sinônimo de desperdício.

5. PROVAS ILEGÍTIMAS E ILÍCITAS E O REGIME DE NULIDADES PROCESSUAIS

Adentra-se, agora, no ponto final da proposta do trabalho.

Dada a premissa de que, seja à luz da teoria geral do fato jurídico, seja no âmbito mais restrito dos fatos processuais, apenas em relação aos atos jurídicos lícitos *lato sensu* mostra-se cabível falar em plano de validade – e, conseqüentemente, no regime de invalidades ou nulidades –, resta responder à dúvida sobre o enquadramento adequado das provas ilícitas, espécie do gênero prova ilegal.

O conceito de prova, sabe-se, é polissêmico. Mesmo na linguagem jurídica, cuja marca deveria ser a precisão terminológica – instrumento essencial para garantir previsibilidade a um sistema de prescritivo, e não descritivo –, prova possui vários significados.

De um lado, prova pode significar o meio pelo qual se pretende demonstrar a veracidade de uma alegação de fato⁴². Alberto dos Reis aborda o ponto ao afirmar que “meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos da prova”⁴³. Nesse sentido é possível se falar em prova documental, prova testemunhal, prova pericial, etc.

Noutro aspecto, é possível compreender a prova como a atividade ou conjunto de atividades dos sujeitos processuais voltada à formação do convencimento do julgador. Em tal acepção, a prova dialoga com o sujeito sobre o

42 Embora não seja o ponto central ao estudo, cabe mencionar a filiação à concepção de objeto de prova como sendo as alegações de fato trazidas pelas partes, e não os fatos da vida real em si, eis que os últimos são irrepetíveis. No mesmo sentido, MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade*. In: A prova no Direito Processual Civil. Elias Marques de Medeiros Neto, Ricardo Augusto de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 162.

43 REIS, Alberto do. *Código de Processo Civil Anotado. Volume III*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 239.

qual recai o ônus da prova, bem como a forma e o momento de exercer os atos dirigidos à persuasão do juiz. Para os fins do presente trabalho, é essa a abordagem mais relevante.

Por fim, prova pode igualmente significar o resultado da atividade probatória, ou seja, a situação subjetiva de convencimento sobre as alegações de fato, em decorrência dos meios de prova apresentados.

Em paralelo a tal discussão, a noção de provas ilegais enquanto gênero, do qual as provas ilícitas e as provas ilegítimas seriam espécies, é bastante difundida na doutrina. Nas palavras de Elias de Medeiros Neto, “A teoria de Pietro Nuvolone poderia assim ser resumida: a prova ilícita é aquela que ofende um direito material. Prova ilegítima é aquela que ofende um direito processual”⁴⁴.

A ideia subjacente à distinção acima é abordada sobre outras terminologias, a exemplo da ilicitude em sentido material e ilicitude em sentido formal, trazida por Nelson Nery Jr.⁴⁵, cujo âmago não se afasta da abordagem italiana.

Essencial, portanto, é identificar o termo prova ilegítima com o descumprimento de uma prescrição relacionada ao modo, à forma, que a lei disciplina os atos da fase instrutória.

Cabe analisar, portanto, as duas figuras: provas ilegítimas e provas ilícitas, bem como a respectiva relação com o regime das nulidades processuais.

As provas ilegítimas, como foi dito, seriam marcadas pela violação da norma processual. De forma mais técnica, cabe assentar a existência de “normas que disciplinam o modo como as provas hão de ser requeridas, admitidas, produzidas e assumidas em juízo, ou seja, normas que regulam o procedimento probatório”⁴⁶.

O procedimento probatório se desenvolve por meio de uma série de etapas, quais sejam: a) proposição: ato da parte que requer ao julgador a admissão da prova pré-constituída ou a produção da prova constituenda; b) admissão da prova: acatamento da proposição pelo magistrado; c) produção da prova: a elaboração

44 MEDEIROS NETO, Elias Marques de. *Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade*. In: A prova no Direito Processual Civil. Elias Marques de Medeiros Neto, Ricardo Augusto de Castro Lopes, Olavo de Oliveira Neto (coordenadores). 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 164.

45 NERY Jr., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 199.

46 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 119.

do instrumento de convencimento, no caso das provas constituídas, “momento em que se extrai da fonte oferecida o material probatório por ela fornecido”⁴⁷; d) a assunção da prova: a incorporação do meio de prova no processo.

A sucessão de etapas acima indicada revela a prática de atos processuais, ou seja, atos típicos de série, relacionados que são à fase instrutória do procedimento. Tais atos processuais podem ser praticados pelas partes ou pelo juiz⁴⁸. Sendo atos, devem observar a perfeição em seus elementos, o plano da validade.

Importante, porém, atentar que a manifestação de vontade existente em cada uma das etapas acima é voltada à produção de um resultado lícito – qual seja influenciar no convencimento do julgador –, cujas consequências estão previamente fixadas pela norma, a exemplo da necessidade de oportunizar manifestação à parte oposta.

Aplica-se, portanto, o regime das nulidades processuais, inclusive com a máxima segundo a qual “o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (Código de Processo Civil, art. 277).

Caberá ao magistrado, portanto, aferir a relação entre a relevância do vício e o comprometimento dos fins do procedimento probatório, marcadamente se o defeito prejudica a utilização dos elementos produzidos ou adquiridos enquanto instrumento de motivação adequada da decisão, necessariamente precedida do respeito ao contraditório. Assim, por exemplo, diversas serão as consequências de um defeito relativo à quantidade máxima de testemunhas (art. 294º do Código de Processo Civil português e art. 357, § 6º, do Código de Processo Civil brasileiro) e do desrespeito ao momento oportuno de junta-da de um meio de prova documental.

Para os fins do presente estudo, entretanto, o mais importante é consignar que a aplicação do regime de nulidade processual à hipótese de provas ilegítimas decorre não de uma escolha arbitrária, mas sim da circunstância de os defeitos se manifestarem no bojo de atos processuais, atos típicos de série. Por se tratarem de atos processuais, estão sujeitos ao plano da validade.

47 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 123.

48 No caso dos atos do juiz, o regime aplicável será o dos recursos (ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 147)

Superado o ponto, passa-se à análise das provas ilícitas, cujo conceito é igualmente polêmico, mas cujo cerne repousa na ausência de acolhida pelo ordenamento jurídico.

José Abrantes havia afirmado ser a ilícita a prova “que se encontra afectada por ilicitude no que respeita ao modo de sua obtenção”⁴⁹, conceito posteriormente ampliado e aperfeiçoado por Isabel Alexandre, ao consignar que a ilicitude pode se verificar dentro ou fora da órbita processual⁵⁰.

Nesse campo, a invasão do domicílio para a obtenção de uma prova documental; a interceptação telefônica sem apoio em decisão do juiz ou a confissão extrajudicial obtida por meio de tortura são todas hipóteses de provas ilícitas, embora produzidas fora do processo. Mas igualmente ilícita será a prova ofensiva ao direito material produzida no contexto da demanda, a exemplo da coação praticada sobre a testemunha.

Fixada a distinção, cabe responder à pergunta estrutural do presente trabalho: se aplica à hipótese das provas ilícitas o regime de nulidades processuais?

Como é possível extrair das premissas antes abordadas, a resposta à pergunta é negativa: *não é possível aplicar às provas ilícitas o regime de nulidade processual*.

De início, as provas ilícitas são classificadas como atos ilícitos, ou seja, comportamentos humanos contrários ao ordenamento jurídico praticados por sujeitos imputáveis. Tais ilícitos podem tanto ser absolutos, como ocorre com a violação dos direitos de integridade física (v.g., tortura), quanto relativos, a exemplo da quebra do sigilo profissional.

Tem-se, portanto, que a conduta relacionada à prova ilícita nunca será válida ou inválida, pois de ato jurídico em sentido lato não se trata, mas sim atuação humana ilícita⁵¹.

Prosseguindo, a ilicitude, em si mesma, tampouco tornará inválido o ato processual que eventualmente introduza a prova ilícita, eis que o exame da

49 Apud MORGADO, Pedro Trigo. *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*. Lisboa: Petrony, 2016, p. 79.

50 ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 21.

51 Importa destacar que, mesmo no campo dos atos jurídicos em sentido lato, a nulidade atinge sempre o ato, e nunca a conduta, que lhe é logicamente anterior. Por exemplo, no caso do contrato celebrado por absolutamente incapaz, nulo é o negócio, e não a atividade do menor.

perfeição do ato – para fins do regime de nulidade processual – ocorre exclusivamente sob a perspectiva formal.

Como exemplo, a violação da intimidade domiciliar da qual resulte a obtenção de um documento essencial à alegação de fato deduzida pelo autor é ato ilícito, e não inválido. A introdução de tal prova ilícita no processo, por exemplo, com a apresentação do documento juntamente à petição inicial, tampouco torna inválido o ato processual, desde que respeitados os requisitos formais específicos deste.

Tenha-se em mente, porém, que *a posição acima firmada não se confunde com a discussão relativa à admissibilidade da prova ilícita*. Não se está a afirmar que o ato ilícito restará impune ou que a higidez formal do ato processual que veicula a prova ilícita é suficiente para garantir a admissibilidade da prova como instrumento de convencimento do julgador.

Busca-se apenas colocar a discussão em seu devido âmbito, respeitando a coerência dogmática, tão essencial para garantir a previsibilidade jurídica e para pautar a discussão de fundo. Ou seja, a pretensão é apenas estabelecer o campo no qual os argumentos contrários ou favoráveis à admissibilidade da prova ilícita deverão ser travados.

Não servirá à defesa da admissibilidade da prova ilícita, por exemplo, a afirmação de que não gerou prejuízo, dado que os artigos 277 e 283, parágrafo único, do Código de Processo Civil alcança apenas a prova ilegítima.

Defensores e opositores da possibilidade de aproveitamento da prova ilícita no campo processual civil, portanto, deverão buscar seus argumentos em campos alheios ao regime de nulidades processuais. Para o atual momento, basta ao autor haver instigado o leitor a tal reflexão.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Almedina, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. v. 2: Parte geral: institutos fundamentais. Tomo I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO FERNANDES, Luís. **Teoria geral do direito civil**. v. 3. Lisboa: Universidade Católica Editora, [s.d.].

CHIOVENDA, Giuseppe. **Derecho procesal civil**. Tradução de José Casais y Santaló. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v. 1: Parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Tratado de direito civil**. v. 8. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. v. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). **A prova no direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo II: Bens. Fatos jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV: Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado das ações**. Tomo I: Ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

MORGADO, Pedro Trigo. **Admissibilidade da prova ilícita em processo civil**. Lisboa: Petrony, 2016.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A incidência da norma jurídica e o fato jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 21, n. 84, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo. **Tratado de derecho procesal civil**: proceso declarativo, proceso de ejecución. Pamplona: Aranzadi, 1982.

REIS, Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. v. 1. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

_____. **Código de Processo Civil anotado**. v. 3. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

SOARES, Fernando Luso. **Processo civil de declaração**: história, teoria, prática. Coimbra: Almedina, 1985.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. 1. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ATÉ QUE A VIDA NOS REPRE...

Andreza de Souza Pereira¹

Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/BR. Servidora Pública Federal lotada na 28ª Vara em Arcoverde/PE, da Justiça Federal de Pernambuco-JFPE

Catharine Valadares Melo de Oliveira²

Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/BR e mestra em Direito Público pela Universidade Autónoma de Lisboa/PT. Servidora Pública Federal lotada na 13ª Vara em Recife/PE, da Justiça Federal de Pernambuco-JFPE

Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho³

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/BR. Juiz Federal Titular da 13ª Vara em Recife/PE, da Justiça Federal de Pernambuco-JFPE

1 Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/BR. Servidora Pública Federal lotada na 28ª Vara em Arcoverde/PE, da Justiça Federal de Pernambuco-JFPE.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/BR e mestra em Direito Público pela Universidade Autónoma de Lisboa/PT. Servidora Pública Federal lotada na 13ª Vara em Recife/PE, da Justiça Federal de Pernambuco-JFPE.

3 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/BR. Juiz Federal Titular da 13ª Vara em Recife/PE, da Justiça Federal de Pernambuco-JFPE.

INTRODUÇÃO

*Desmancho as tranças da menina
e os meus dedos tremem
medos nos caminhos
repartidos de seus cabelos.
Para a menina.*⁴

O trocadilho com a frase célebre “até que a morte nos separe” normalmente associada à figura do casamento e de suas consequências pessoais, espirituais e sociais, dentro de uma perspectiva volitiva e de expressões de vontade livre e consciente, ganha força e precisão quando vista sob o olhar das meninas.

Sim, meninas que desde o ventre materno, paradoxalmente, já lutam pela vida e vez, sem expectativas de, ao romperem a membrana que as protegeu (ou deveria) durante a gestação, experimentem uma vida melhor, cuja infância e juventude sejam resguardadas e a adultez resulte da saudável estação pueril.

Propositamente, foi acrescida a palavra “reparar” que tem sua origem no latim “reparare” e é composta pelo prefixo “re-” que significa “de novo”, “outra vez” e “parare” como “preparar”, “dispor”.

É tomada em vários sentidos, dentre os quais: “restaurar, consertar”; “retratar-se de”; “compensar a, ressarcir-se, recuperar-se”; “tomar tento, cautela”; “dar proteção a si mesmo, abrigar-se” e “fixar ou dirigir a vista ou a atenção; notar, observar”.

Aqui podem ser aplicados vários destes sentidos, contudo, o principal deles que se almeja destacar é o último, qual seja: notar, observar, dirigir a atenção, fixar o olhar, como um pedido de socorro silenciado, um grito abafado e um choro contido das meninas vitimadas pela violência e submetidas às agruras da sociedade, marcadas pela invisibilidade e objetificação.

Outrossim, a iniciação da frase pela expressão “até” traz a conotação de esperança de que esse momento chegue, e quando atrelado à “vida” reforça

4 EVARISTO, Conceição. Poemas de recordações e outros movimentos. Rio de Janeiro: Malê, 2021.

a expectativa de que seja em vida, enquanto ainda é possível notá-las em essência, pulsantes, presentes, e não quando são tratadas como números, estatísticas ou gráficos de um olhar para trás que somente enxerga pelo retrovisor e colide com o que está à frente por não atentar pelo para-brisa o que se põe adiante.

Nessa toada, “até que a vida nos repare” inicia uma reflexão crítica acerca da situação, destacadamente brasileira, em que suas instituições públicas e responsáveis por resguardar à vida (não gerir a morte) de suas crianças e adolescentes, têm claudicado entre proteção integral e união estável; melhor interesse do menor e estupro de vulneráveis; prioridade à infância e consentimento da vítima; direito à vida e risco de morte.

Todas as questões são importantes e importam seriedade e comprometimento ao tratá-las, logo, a primeira seção alude às alterações legislativas em confronto com os novos paradigmas jurisprudenciais, cujos contornos têm se elastecido ao ponto de se desgastar e fragmentar tecidos outros que não poderiam ser tocados ou costurados a si, como retalhos mal traçados e a fios de ferro agregados.

Sem pretensão de esgotar o tema tão amplo, o foco da análise será o cotejamento das condições gerais com os impedimentos e limites normativos à esfera de capacidade legal dos menores, crianças e adolescentes, meninas e meninas sobreviventes, como estreitamente de esfera de abordagem e âmbito de análise.

A seção seguinte arrazoa sobre a violência e os crimes praticados contra crianças e adolescentes, nomeadamente, os crimes contra a dignidade sexual em seus matizes criminais, sociais e políticas, fulcradas em dados oficiais como aqueles da ONU, da UNICEF, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), do IBGE, do STJ e da CIDH.

A conclusão sintetiza os achados e compilados, sob o viés analítico e crítico, objetivamente canalizados para a reflexão de todos, no anseio pelo momento seguinte (até) em que as meninas serão percebidas em sua essência, que sonham, cantam, encantam, colorem, choram, clamam e almejam florescer em cores, tons e vida, então sejam reparadas como verdadeiros presentes que precisam de cuidados e respeito em suas limitações e brilhos.

1. QUANDO A LEI NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE

A promulgação da Lei nº 12.015, de 07/08/2009, responsável por promover substanciais alterações na sistemática dos crimes contra a dignidade sexual no Código Penal Brasileiro, culminou na inserção do artigo 217-A, o qual abandonou a antiga concepção da presunção de violência, passando a adotar o critério jurídico-penal da vulnerabilidade como elemento estruturante do tipo penal. Tal inovação legislativa teve como finalidade precípua pôr termo às controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de relativização do delito de estupro de vulnerável fundamentado na violência de gênero e etária (princípio da proteção integral).

Sob essa perspectiva, o legislador ordinário buscou conferir maior objetividade à tutela penal da dignidade sexual de pessoas em condição de especial proteção, partindo da premissa normativa de que determinados sujeitos passivos - notadamente os menores de 14 anos - não detêm capacidade plena de autodeterminação sexual, tampouco discernimento suficiente para consentir validamente na prática de atos de natureza sexual. Assim, a vulnerabilidade assume caráter jurídico absoluto, afastando interpretações que anteriormente admitiam a análise casuística do consentimento da vítima⁵.

Em apoio a essa orientação, o § 5º do artigo 217-A do Código Penal deixa claro, de maneira inequívoca, a intenção legislativa de eliminar definitivamente as contradições interpretativas que existiam até então, ao estabelecer que as penalidades mencionadas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º se aplicam independentemente do consentimento da vítima ou de quaisquer experiências sexuais anteriores. Tal norma consagra uma verdadeira cláusula de irrelevância do consentimento, impossibilitando a invocação de argumentos relacionados à vida sexual passada da vítima como justificativa para excluir a tipicidade penal.

Já a Lei 15.280/2025, de 05/12/2025, em seu artigo 1º, alterou o Código Penal para que o preceito secundário do *caput* do art. 217-A (estupro de vulnerável) previsse como pena a reclusão de 10 (dez) a 18 (dezoito) anos e para

5 GOULART, Maria Paula Stival. *O casamento infantil de crianças do sexo feminino e a presunção do estupro de vulnerável relacionado ao contexto social em que está inserido*, 2025. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2025.

os demais delitos qualificados, dispostos em seus parágrafos.

Sem falar no recrudesimento das demais penas correspondentes a crimes contra crianças e adolescentes encontrados no Código Penal, tais como: art. 218 (Corrupção de menores); 218-A (Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente); 218-B (Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável); 218-C (Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia).

Além disso, trouxe modificações relativas às medidas protetivas, coleta de DNA, dentre outras.

O que importa notar é que por questões de opção legislativa, em compasso com escolhas de política criminal, o delito de estupro de vulnerável é grave ao ponto de requerer uma exacerbação da pena imposta ao agente.

Nesse contexto, evidencia-se a indubitável intenção do Poder Legislativo no sentido de criminalizar, de maneira absoluta, a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso praticado com menores de 14 anos, erigindo a proteção integral da criança e do adolescente como vetor interpretativo do sistema penal. Essa é a *mens legis*.

Logo, em tese, mostram-se juridicamente irrelevantes tanto o consentimento quanto eventuais relações sexuais anteriores, bem como o nascimento de filhos havidos dessa “relação”, circunstâncias que não afastam a configuração do delito, inserindo-se igualmente nessa lógica protetiva situações como o denominado casamento infantil, cuja existência não possui o condão de legitimar práticas sexuais envolvendo pessoa legalmente considerada vulnerável⁶.

Esse delito possui caráter objetivo, baseado na suposição irrestrita de vulnerabilidade, estabelecida precisamente para evitar que aspectos culturais, familiares ou sociais atenuem a proteção das crianças. A legislação parte do princípio de que indivíduos nessa fase da vida não têm um desenvolvimento psicológico e emocional adequados para dar consentimento válido em relacionamentos de caráter sexual.

6 NOGUES, Nicolly Carvalho. *Uma análise da autonomia e do consentimento na prática do casamento infantil no Brasil*. Revista Direito e Sexualidade, Bahia, ano 2024, v. 5, n. 2, p. 132-153, 28 de outubro 2024.

Assim, com base em evidência de pesquisa comparativa realizadas entre 77 países emergentes, Carmichael⁷ constatou que a capacidade feminina de tomar decisões autônomas é reduzida em se tratando de mulheres que se casam muito jovens e integram relações com diferença etária considerável em relação ao cônjuge/companheiro. Para a pesquisadora, o acesso ao serviço de educação é fator preponderante para explicar a idade de entrada em união conjugal, pois, havendo aumento na escolaridade da população, o casamento se torna mais tardio, bem como a diferença etária entre os cônjuges diminui.

Por uma dedução lógica, a consequência da repetição desse padrão mantém na sociedade mulheres mais vulneráveis e tendentes a permanecerem em relações reprodutoras de ciclos de violência, o que afeta, diretamente, também os filhos havidos de tais construções familiares, mais precisamente na formação de sua visão de mundo e naturalização da configuração familiar que lhes deu origem.

Ademais, o surgimento do vínculo pai-filho acarreta uma ampliação na relação anteriormente existente apenas entre o homem e a mulher (criança ou adolescente, entenda-se), de modo que parcela da sociedade e também o próprio Poder Judiciário têm apresentado comportamento constrangedor ao interferir em seu rompimento e tendem a chancelar ou acatar o injustificável ilícito penal.

Nessa vertente, permitir exceções baseadas em uniões conjugais, nascimento de filhos ou aceitação da família e da sociedade representa um sério retrocesso na política criminal de combate à violência sexual contra crianças, pois resgata argumentos que historicamente foram utilizados para justificar relações desiguais entre homens adultos e meninas.

Ao analisar a violência de gênero, é fundamental entender que essas circunstâncias não devem ser vistas apenas sob a ótica da autonomia pessoal. As interações entre homens adultos e meninas em fase infantil ou de pré-adolescência estão imersas em uma clara desproporção de poder, maturidade e dependência emocional⁸.

7 CARMICHAEL, S. Casamento e poder: idade do primeiro casamento e diferença de idade entre cônjuges em países menos desenvolvidos. *The History of the Family*, 16, 416-436, 2011. <http://dx.doi.org/10.1016/j.hisfam.2011.08.002>. Acesso em 25/02/2026.

8 CORTINHAS, Maristela Sobral; DIAS, Maria Sara de Lima. *Estupro de vulnerável e sua dimensão psicológica*. Revista jurídica gralha azul-TJPR, v. 1, n. 25, 2025.

A construção social que normaliza essas relações muitas vezes está ligada a vivências patriarcais que sexualizam meninas de forma precoce e legitimam o controle masculino sobre os corpos femininos jovens. Para tanto, o consentimento se torna juridicamente irrelevante, pois é influenciado por relações estruturais de vulnerabilidade.

A interpretação jurisprudencial firmada pelo STJ ao longo dos anos tem sustentado que o consentimento de uma vítima com menos de 14 anos não é suficiente para excluir a ocorrência de um crime. Essa posição está em conformidade com as orientações internacionais que visam proteger a infância, como as diretrizes da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais identificam o casamento ou a união em tenra idade como uma forma de violência sexual e uma violação dos direitos humanos.

Apesar disso, a flexibilização desse entendimento vem crescendo exacerbadamente nos últimos anos dentro do próprio órgão jurisdicional máximo de proteção. Observe-se, a título de exemplo, o Informativo nº 876 do STJ, publicado em 10 de fevereiro de 2026, no qual foi adotada a seguinte tese:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ATIPICIDADE MATERIAL
DERROTABILIDADE EXCEPCIONAL DO ART. 217-A DO CP:
Considerando as peculiaridades do contexto fático – relação afetiva estável, constituição de núcleo familiar e ausência de vulneração relevante da dignidade sexual – pode-se afastar, excepcionalmente, a incidência do art. 217-A do CP por atipicidade material, quando a aplicação mecânica da norma não se mostrar necessária nem proporcional à tutela do bem jurídico.

A ameaça legal relacionada à diluição do crime de estupro de vulnerável está na chance de se estabelecer a chamada “validação através da relação afetiva”, o que tornaria possível que relacionamentos abusivos fossem considerados como decisões pessoais daquelas que, por um critério biopsicológico, não possuem capacidade para emitir sua vontade.

Ao longo da história, o sistema jurídico brasileiro já teve normas que eliminavam a responsabilidade penal do agressor quando este se casava com a

vítima - um recurso que foi execrado do sistema legal, pois fortalecia ciclos de violência, abusos e o silêncio das mulheres.

Em um passado não tão distante, a legislação pátria isentava o estuprador da pena criminal, caso a honra da vítima fosse “lavada” pelo casamento com o agressor ou com terceiro, que era muitas vezes realizado pela vontade e imposição dos pais da vitimada. Se tratava do chamado “casamento reparador” ou “casamento da honra”, que estabelecia a extinção da punibilidade em tais situações, com base no disposto no art. 107, inciso VII, do Código Penal, permissivo legal formalmente eliminado do ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.106/2005.

Na mesma linha de pensamento, o antigo artigo 1.520 do Código Civil também previa a possibilidade de casamento entre vítima adolescente e o agressor sexual - em caso de gravidez ou não - com a finalidade de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal. Dizia o referido texto legal: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento da pena criminal ou em caso de gravidez”.

A atual redação do referido artigo estatui que: “Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código”.

Embora não haja nenhuma evidência de celebração de casamento formal entre um adulto e uma adolescente com menos de 16 anos após a égide do comando legal acima, o mesmo não se pode falar das relações de fato (uniões estáveis).

Sob a perspectiva criminológica, a leniência nas normas penais pode ter consequências negativas, favorecendo casamentos prematuros como maneira de legalizar relações ilegítimas.

Tem-se que o reconhecimento legal de relações que incluem pessoas com menos de 14 anos não deve ser utilizado como uma forma de evitar a aplicação do tipo penal, pois isso poderia anular o propósito protetivo das leis e prejudicar conquistas significativas na luta contra a violência sexual infantil⁹,

9 KOLLING, Gabriela Menezes; MACHADO, Patrícia da Costa. *O corpo feminino como a primeira colônia: fronteiras simbólicas e violência de gênero em Cidade Juárez* (1993-2023). Conjuntura Austral, v. 16, n. 76, p. 9-22, 2026.

mantendo a perpetuação da coisificação de meninas e mulheres, exploradas ao longo da história da humanidade.

2. O QUE OS DADOS MOSTRAM?

A Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁰ estima que 840 milhões de mulheres já foram vítimas de violência sexual ou física no mundo, das quais 316 milhões sofreram violência a partir de um parceiro íntimo apenas no último ano (2024) e, também em 2024, cerca de 16% das adolescentes (15 a 19 anos) passaram a fazer parte dessas estatísticas.

O relatório foi divulgado em novembro de 2025 e apresentou dados colhidos entre 2000 e 2023, em 168 países, rematando que as iniciativas preventivas da violência contra as meninas e mulheres ocuparam apenas 0,2% da ajuda ao desenvolvimento global, sendo considerada a violência mais ignorada da humanidade, segundo o diretor-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS).

O Panorama da Violência Letal e Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil (2021-2023)¹¹, publicado em 2024, como fruto de estudo em parceria entre o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), revela que o perfil etário das vítimas de estupro e estupro de vulnerável ao passo que apresentou regularidade e manteve a maior parte das vítimas entre 10 e 14 anos (48,3%), revelou um crescimento alarmante no quantitativo de vítimas, nos três anos considerados (2021-2023).

A cifra de casos que vitimaram meninas, então, assume o percentual de 87,3%, e entre as crianças mais velhas e adolescentes (10 e 14 anos) essa porcentagem chega a 91,9% dos casos, cujos 55,4% do total são representados por vítimas negras e 85,7% são praticados por conhecidos, na residência (67%).

10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *ONU diz que 840 milhões de mulheres já sofreram violência sexual ou física*. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2025/11/1851589>. Acesso em: 25/02/2026.

11 FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). *O Panorama da Violência Letal e Sexual Contra Crianças e Adolescentes no Brasil*, 2021-2023, 2ª edição, São Paulo, Ano 2024. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/media/30071/file/panorama-violencia-letal-sexual-contra-criancas-adolescentes-no-brasil-v04%20\(003\).pdf.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/30071/file/panorama-violencia-letal-sexual-contra-criancas-adolescentes-no-brasil-v04%20(003).pdf.pdf). Acesso em: 25/02/2026.

Alerta que:

quando estamos tratando de violência sexual, estamos necessariamente falando de uma violência contra crianças que muitas vezes sequer possuem a capacidade de compreender o ato violento que está sendo cometido, o que impõe muitas barreiras à proteção das vítimas e responsabilização dos agressores. Conforme veremos, esse cenário se agrava na medida em que majoritariamente se trata de um crime cometido dentro da residência e por pessoas conhecidas da vítima.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2025¹², produzido pelo FBSP revela que a prática de crimes sexuais no Brasil segue uma realidade alarmante ao apontar que em 2024 foi registrado o número de 87.545 vítimas, o maior número de estupro (estupro e estupro de vulnerável) historicamente no país e supera o dobro do quantitativo de 2011 (início do acompanhamento pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública).

Desse número, 67.204 (76,8%) foram casos de estupro de vulnerável, representando o núcleo central das estatísticas de violência sexual, nomeadamente, devido “à sua centralidade simbólica na lógica de dominação sexual e de controle dos corpos”.

Isso porque não só prenuncia o caráter relacional dos autores (pessoas próximas, conhecidas ou familiares), o que importa dizer que denota a questão importante e estrutural socialmente permissiva e consolidada de desigualdades, como também se infere do apurado que para cada menino vítima houve cinco meninas vitimadas em 2024.

Realçam os pesquisadores que:

O estupro é o tipo penal que mais claramente expressa o atravessamento entre violência de gênero e poder sexual, sendo compreendido por autoras como Heleieth Saffioti (2002) como forma extrema de reafirmação da ordem patriarcal.

12 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). *O Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, Ano 19, 2025, São Paulo. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2025/07/anuario-2025.pdf>. Acesso em: 25/02/2026.

Sem falar nas cifras ocultas, ou seja, os casos de subnotificação que consoante estudo do IPEA (2023)¹³, a estimativa é de que apenas 8,5% dos casos ocorridos são registrados pela polícia e 4,2% pelo sistema de saúde, elucidando o assombroso número de cerca de 822.000 casos de estupro a cada ano, dois por minuto.

Tal magnitude enuncia as múltiplas camadas de vulnerabilidade, estigma e silêncio que se mostram presentes no contexto complexo da criminalidade envolvendo violência de gênero e violência sexual, também revelado no desafio da reunião de provas válidas a serem levadas em conta pelos órgãos de justiça, seja pela natureza do crime – que em regra acontece de modo clandestino e escondido –, seja pela dificuldade da vítima compreender a violência.

Para as meninas a dificuldade aumenta exponencialmente, nomeadamente quando se fala no próprio reconhecimento da violência devido ao corpo ainda em desenvolvimento, bem assim ao fato de que a grande maioria dos crimes são praticados em suas residências (67,9%) por pessoas próximas (parentes - 59,5% ou conhecidos - 24,4%).

Ao traçarem um perfil das vítimas, partindo da análise dos boletins de ocorrência de estupro e estupro de vulnerável do ano de 2024, os pesquisadores identificaram que meninas e mulheres representam 87,7% e as meninas 86,2% dos casos de estupro de vulnerável.

Quanto às idades, as meninas representam o maior número de vítimas de estupro no país, dos quais 33,9% ocorreram entre 10 e 13 anos e entre 14 e 17 anos correspondem a 16,3%, no ano de 2024, importando concluir que crianças e adolescentes figuraram em 77,6% dos casos de estupro, sendo em quase a totalidade meninas.

Fazendo o recorte com a variável raça/cor das vítimas de estupro, o ano de 2024 reforçou a tendência dos anos anteriores de que a maioria (55,6%) das vítimas eram negras e 43,1% eram brancas, 0,9% indígenas e 0,4% amarelas.

13 INSTITUTO DE PESQUISA APLICADA (IPEA). *Brasil tem cerca de 822 mil casos de estupro a cada ano, dois por minuto*, 2023. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/13541-brasil-tem-cerc-a-de-822-mil-casos-de-estupro-a-cada-ano-dois-por-minuto>. Acesso em: 25/02/2026.

Em síntese, a conclusão dos expertos do FBSP, ao analisarem os registros policiais de estupro de vulnerável no ano de 2024, foi que as meninas são as principais vítimas, com idade entre 0 e 13 anos e negras, bem como que acontecem principalmente na residência e são praticados por familiares.

Por outro lado, o Censo 2022 do IBGE¹⁴ verificou que mais de 34.000 crianças e adolescentes de até 14 anos declararam viver em união estável (união consensual) no Brasil.

No âmbito do Poder Judiciário, destacadamente do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵, foi publicada em 06/11/2017, a Súmula 593, pela Terceira Seção, cujo texto diz que: “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”, em conformidade com o Tema Repetitivo 918 (2015).

A edição dessa súmula vai além de um simples enunciado interpretativo, servindo como um verdadeiro ponto de virada civilizatório, com o objetivo de evitar que valores morais, culturais ou emocionais sejam usados para justificar relações sexualmente abusivas com menores.

Entretanto, certos tribunais, inclusive o próprio STJ, têm procurado relativizar essa prática, utilizando a técnica jurídica do *distinguishing*, que possibilita a produção de decisões que se afastam das interpretações estabelecidas, especialmente quando o caso específico não se alinha com a norma habitual¹⁶.

No intuito de analisar como o STJ tem decidido, buscou-se no sítio oficial acórdãos correlatos acompanhando o seguinte passo a passo: no ícone jurisprudência, pesquisa avançada, na aba “súmulas do STJ”, com a inserção do

14 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Demográfico 2022: nupcialidade e família: resultados preliminares da amostra*. 2ª edição atualizada e corrigida/IBGE, Rio de Janeiro, Ano 2025. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2102230>. Acesso em: 25/02/2026.

15 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Súmula 593*. Publicada em 24 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27/02/2026.

16 TEIXEIRA, Leila Marçal Benício et al. *O casamento infantil como expressão da desigualdade social: uma reflexão necessária para o desvelamento da realidade*. In: Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais 2024. 2024. Disponível em: <https://broseguini.bonino.com.br/ojs/index.php/CBAS/article/view/1121>. Acesso em: 27/02/2026.

termo “593”, é aberta uma nova página na qual há possibilidade de clicar para selecionar a Súmula 593; no canto direito há um ícone azul (acórdãos posteriores à súmula) que, ao clicar, aparece uma nova tela com o resultado; dentre eles há a indicação de 132 acórdãos na aba “ACÓRDÃOS”, os quais serão a base de dados ora utilizada.

Dentre os 132 acórdãos indicados, foram selecionados aqueles cujas datas de julgamento tenham ocorrido nos anos de 2024 e 2025, resultando em 34 casos. Foram utilizadas como variáveis independentes qualitativas nominais, não havendo qualquer ordenação entre categorias. Cada categoria é investigada isoladamente e cada uma corresponde a uma coluna da matriz, codificadas (‘1’ equivale à presença e ‘0’ à ausência), no respectivo caso em análise.

In casu, as variáveis estratégicas se referem aos argumentos utilizados no julgado como *ratio decidendi*, quais sejam, os argumentos da Súmula 593 STJ (consentimento da vítima, experiência sexual anterior e relacionamento amoroso com o agente) e gravidez da vítima.

Pretende-se testar a associação entre os argumentos da Súmula 593/STJ e gravidez e as chances de ser concedida decisão favorável ao réu, de modo que cada categoria, se presente, foi preenchida com o valor ‘1’; se ausente, com o valor ‘0’.

Depois da análise dos acórdãos, um a um, foi preenchida uma tabela base e utilizada no programa JASP, no desiderato de efetivar a análise estatística por regressão logística (*logit*). Vejamos.

Logistic Regression

Model Summary - DECISÃO FAV.RÉU

Modelo	Deviance	AIC	BIC	df	ΔX^2	p	McFadden R ²	Nagelkerke R ²	Tjur R ²	Cox & Snell R ²
M ₀	45.23	47.23	48.76	33	—	—	0.000	—	0.00	—
M ₁	30.47	40.47	48.10	29	14.76	< .001	0.326	0.479	0.371	0.35...

Note.M₁ includes SÚMULA 593 STJ – CONS., SÚMULA 593 STJ – E.S.A., SÚMULA 593 STJ – REL.AG., GRAVIDEZ

Coefficients

Modelo	Termo	Estimate	Standard Error	Odds Ratio	z	WaldTest		
						Wald Statistic	df	p
M ₀	(Intercept)	-0.480	0.353	0.619	-1.359	1.847	1	.174
M ₁	(Intercept)	0.000	1.000	1.000	1.991×10 ⁻¹⁶	3.965×10 ⁻³²	1	.000*
	SÚMULA593-STJ	-1.858	1.579	0.156	-1.177	1.385	1	.239
	– CONS. (1)							
	SÚMULA593-STJ	-3.013	1.275	0.049	-2.363	5.585	1	.018
	– E.S.A. (1)							
	SÚMULA593-STJ	1.922	1.330	6.833	1.445	2.087	1	.149
	– REL.AG. (1)							
	GRAVIDEZ (1)	1.636	1.035	5.135	1.581	2.499	1	.114

Note. DECISÃO FAV. RÉU level '1' coded as class 1.

Conclusões:

- A presença da variável '*Súmula 593 STJ - consentimento da vítima*' não apresenta significância estatística, mas aponta uma tendência negativa para o resultado '*decisão favorável ao réu*'.
- Quando a variável categórica '*Súmula 593 STJ - experiência sexual anterior*' está presente, a associação é negativa (diminui a chance de ocorrer a '*decisão favorável ao réu*'), o Pvalor é bom (com significância estatística) e diminui a chance em 4,9%.
- Da amostra analisada foi possível identificar que há uma tendência de aumento de chances de '*decisão favorável ao réu*' na presença da variável '*Súmula 593 STJ - relacionamento com o agente*', contudo, sem significância estatística.
- Na presença da variável '*gravidez*', há uma tendência de aumento das chances do evento '*decisão favorável ao réu*'. Porém, a análise não apresentou significância estatística (Pv <0,050).

Binomial Test

Variável	Nível	Count	Total	Proportion	p
DECISÃO FAV. RÉU	0	21	34	0.618	.229
	1	13	34	0.382	.229
SÚMULA 593 STJ – CONS.	0	4	34	0.118	< .001
	1	30	34	0.882	< .001
SÚMULA 593 STJ – E.S.A.	0	22	34	0.647	.121
	1	12	34	0.353	.121
SÚMULA 593 STJ – REL.AG.	0	11	34	0.324	.058
	1	23	34	0.676	.058
GRAVIDEZ	0	23	34	0.676	.058
	1	11	34	0.324	.058

Note. Proportions tested against value: 0.5.

No total de 34 casos analisados, 13 foram favoráveis ao réu; a variável ‘*Súmula 593 STJ - consentimento da vítima*’ foi encontrada em 30 deles; a ‘*Súmula 593 STJ - experiência sexual anterior*’ em 12; a ‘*Súmula 593 STJ - relacionamento com o agente*’ em 23 e a ‘*gravidez*’ em 11.

Chama a atenção que a variável ‘*Súmula 593 STJ - consentimento da vítima*’ esteve presente em 88,2% dos casos. Desta feita, foi utilizada como razão de decidir tanto de modo favorável ao réu, quanto desfavoravelmente.

Faz-se mister aclarar que os casos tratam de persecução penal em face de conduta prevista como estupro de vulnerável/art. 217-A, *caput*, do Código Penal (todos os casos analisados envolviam crianças e adolescentes até 14 anos incompletos, não tratando de pessoa que, por enfermidade, deficiência intelectual ou qualquer outra causa, não possam oferecer consentimento ou resistência), todavia ‘*Súmula 593 STJ - consentimento da vítima*’ foi a variável mais recorrente.

Dito de outra forma, apesar de tratar de crianças e adolescentes de até 14 anos incompletos, o tema (variável) mais discutido foi o ‘consentimento da vítima’, vinculado à ‘Súmula 593 STJ’.

Recentemente, o debate ganhou ampla repercussão social e jurídica a partir do caso analisado envolvendo uma menina de 12 anos que mantinha convivência conjugal com um homem de 35 anos, situação que provocou intensos questionamentos sobre os limites entre reconhecimento de vínculos afetivos e a proteção integral da criança e do adolescente, sobretudo quando há concordância dos pais.

Essa interpretação gera uma intensa tensão entre dois princípios jurídicos: de um lado, a aceitação da realidade social e das dinâmicas familiares que existem em certas comunidades; de outro, a obrigação constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente, conforme estabelece o artigo 227 da Constituição Federal e reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ademais, a responsabilidade pela situação enfrentada é atribuída à jovem, desviando a culpabilidade do adulto para uma suposta decisão da vítima - um fenômeno chamado de culpabilização secundária¹⁷.

Destaca-se, assim, a importância de interpretar o direito penal à luz do princípio da proteção total ou integral e também da necessidade de avaliar os casos submetidos a julgamento com lentes e perspectiva de gênero, conforme já determinado na Resolução nº 492/2023 do CNJ¹⁸, que tem caráter normativo e orienta a postura e tomada de decisões por todos os órgãos do Poder Judiciário nacional.

Destarte, o debate atualmente travado no âmbito do STJ evidencia que a temática vai além da simples técnica legislativa, envolvendo uma disputa social mais abrangente sobre o papel da infância, a autonomia das mulheres

17 MARQUES, Maria Luiza Trostli de Oliveira; VELLOSO, Marília Monteiro de Barros Ferreira. *Direitos da mulher: evolução do cenário jurídico brasileiro e resquícios da violência estrutural de gênero*. RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar - ISSN 2675-6218, v. 7, n. 2, p. e726982-e726982, 2026.

18 BRASIL, Conselho Nacional De Justiça (CNJ). *Resolução nº 492, de 17 de março de 2023, que estabelece a adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf>. Acesso em 26/02/2026.

e os limites da aceitação cultural em face da violência de gênero. A formação de interpretações que minimizem a gravidade do estupro de vulnerável não apenas representa um desafio para a interpretação jurídica, mas também configura um perigo real de retrocesso na proteção de meninas, cuja dignidade e crescimento devem continuar a ser considerados valores fundamentais do estado democrático de direito.

Nessa perspectiva, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁹ já se manifestou no sentido de que tais decisões “afetam as garantias legais do país para crianças menores de 14 anos”.

Outrossim, esclarece que:

A jurisprudência Interamericana se soma a posicionamentos de organismos especializados, como o MESECVI, o Comitê CEDAW, o Comitê dos Direitos da Criança e o UNICEF, que exortam os Estados a estabelecerem uma idade mínima de consentimento sexual que desconsidere qualquer suposto consentimento ou experiência sexual anterior da criança. O Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança considera que permitir relações sexuais a partir dos 13 anos oferece proteção insuficiente. A maioria dos países da América Latina e Caribe estabelece a idade mínima em 14 anos, com exceções restritas para relações consensuais entre adolescentes com idades próximas e sem abuso de poder. O UNICEF recomenda que tal exceção seja limitada a uma diferença máxima de três anos.

Para além, o cenário atual deu ensejo a diversas discussões jurídicas e sociais, o que levou à promulgação da Lei nº 15.353, de 08 de março de 2026, que estabelece o fim da relativização de estupro de crianças e demais vulneráveis, ao inserir os parágrafos 4º-A (“É absoluta a presunção de vulnerabilidade da vítima e inadmissível sua relativização”) e 5º (“As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima, de sua experiência sexual, do fato de ela ter mantido

19 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Brasil: Responsabilização criminal por violência sexual contra meninas deve ser garantida**. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2025/101.asp&utm_content=country-bra&utm_term=class-mon. Acesso em: 25/02/2026.

relações sexuais anteriormente ao crime ou da ocorrência de gravidez resultante da prática do crime”).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*As discussões sobre estupro são muitas vezes irracionais,
quando não totalmente bizarras.
É o único crime diante do qual as pessoas reagem
querendo aprisionar as vítimas.
É o único crime que é tão ruim que se supõe que
as vítimas serão irreparavelmente destruídas por ele,
mas ao mesmo tempo não tão ruim
que os homens que o cometem
devam ser tratados como outros criminosos.²⁰*

A claudicância entre a presunção absoluta de violência e a atipicidade material expõe e violenta repetidamente as meninas vitimadas pelas condutas típicas previstas no art. 217-A do CP (conjunção carnal ou ato libidinoso), com endereço e nome dos agentes certos e sabidos, mas esgueirados pelas trincheiras do patriarcado, do colonialismo e do machismo estrutural, que permeiam e dissolvem corpos femininos vistos como “estupráveis” e carentes de “ajuda” e “atenção” de homens.

Por mais chocante e provocativa que seja tal afirmação, as razões de decidir de dezenas de acórdãos posicionam a proteção das meninas sempre atrás de uma suposta estabilidade familiar e do melhor interesse do rebenoto.

Vale a pena ressaltar que, na legislação brasileira, a menor de 14 anos é considerada absolutamente incapaz para atos da vida civil (art. 3º, I, do Código Civil), dentre eles: casar, assinar contratos bancários ou vender propriedades sem os responsáveis; é proibida de trabalhar e de firmar até mesmo contrato de

20 ABDULALI, Sohaila. *Do que estamos falando quando falamos de estupro*. Tradução Luis Reyes Gil, 1ª Edição, São Paulo: Vestígio: 2019.

aprendizagem (art. 60 do ECA); é considerada inimputável penalmente (arts. 26 e 27 do CP); não pode votar, nem ser votada (art. 14 da CF/88).

Contudo, pode figurar como parte de “união estável” (formação de núcleo familiar), ao ponto de que tal configuração sirva de elemento justificante e excludente da responsabilização penal daquele maior de idade que manteve conjunção carnal ou ato libidinoso com a menor?

Não faz muito sentido, pois se não é considerada capaz de praticar pessoalmente nenhum ato da vida civil, como pode o ser exclusivamente para retirar sua condição de vítima?

O Censo 2022, publicado em 2025, evidenciou essa excrescência quando identificou mais de 34 mil crianças e adolescentes de até 14 anos figurando em registros de união conjugal (união consensual) no Brasil.

Atente-se que, se essa menor chegar num cartório para dar início ao processo de casamento, ela será impedida por expressa disposição legal, pois se assim não fosse considerar-se-á casamento infantil (proscrito no Brasil - art. 1.520, CC).

Ora, o registro de tal realidade jamais poderia ser considerado como consensualidade ou voluntariedade, até mesmo porque uma das partes é absolutamente incapaz.

Antes deveria ser olhado sob o prisma da vulnerabilidade social, da perpetuação da pobreza, da ausência de proteção estatal, da busca desesperada por sobrevivência, da insuficiência de atenção parental, do deslocamento forçado, porém o viés escolhido foi precisamente a desoneração do responsável da consequência de sua conduta criminosa²¹.

Nos anos de 2024 e 2025, a partir dos dados públicos constantes no sítio eletrônico do STJ (Súmula 593 e julgados posteriores) se infere o percentual de 88,2% dos casos em que o consentimento da vítima foi utilizado como razão de decidir.

O retrocesso é evidente e a figura da “mulher honesta” traz uma memória nefasta, retirando a própria condição de criança e adolescente e as

21 STOLZ, Sheila; BLANCO, Victoria Emilia Toro. *Gênero, masculinidades e território: a exploração sexual de meninas e mulheres racializadas como manifestação de violência no Arco Mineiro do Orinoco*. Revista Feminismos, v. 12, 2024.

taxando de “mulheres”, privando essas “meninas-mulheres” do que as torna sujeito de direitos.

E mais, reestabelece os termos do antigo art. 107, VII, do CP, que previa o casamento (com o agressor ou com terceiro) como causa extintiva da punibilidade do crime de estupro, como forma de “reparação” da “honra” da vítima, cujo fim de silenciamento do crime era alcançado.

Atualmente, repise-se, a “estabilidade” do relacionamento entre a menor de 14 anos e o agente, reforçada pela “anuência” dos pais, bem assim pela “voluntariedade” da “relação” e/ou o nascimento de filho comum, afastam a presunção de vulnerabilidade (ou ainda presunção de violência), para retirar-lhe a condição de vítima e eximir da responsabilização criminal o adulto.

A autora Carla Thais Azevedo²² afirma que:

O Judiciário, através de seus representantes, ao eleger para determinados casos a conduta imposta pelos mecanismos de poder às vítimas, e não aos agressores, cria lacunas através de estigmas e construções sociais, elegendo peculiaridades que não poderiam existir para cada caso concreto.

Os mecanismos de poder socioculturalmente impostos desarticulam, não à toa, os regimentos protetores das crianças e adolescentes, em especial quando se tratam de meninas negras, pobres e marginalizadas, as colocando em determinados campos de objetificação/utilização em que devem barganhar pela sobrevivência e, portanto, colaboram e reforçam feridas imensuráveis²³.

O conto de fadas ao reverso assombra, para fora dos fóruns e tribunais, a vida real das meninas, tornando o sonho de família e afeto um pesadelo de violência continuada e normalizada.

O Poder Judiciário, em especial a primeira instância por estar mais próxima à vítima e à realidade fática corporalmente, tem sobre si a responsabilidade jurídica e social de não permitir o reforço das relações estereotipadas de

22 AZEVEDO, Carla Thais Santiago. *Proteção Constitucional-Penal da Criança e do Adolescente: crítica à tese de atipicidade do estupro de vulnerável no caso de prostituição de menores*. São Paulo: Editora Dialética, 2021.

23 KRENAK, Ailton. *A vida não é útil*. São Paulo: N-1 edições, 2020.

gênero, raça, cor e idade, com fatores socioculturais enraizados em estruturas de poder que maculam nossas crianças, com destaque às meninas negras.

A Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW - 2019)²⁴, na Recomendação Geral nº 35, sustenta que:

A violência de gênero afeta as mulheres ao longo de seu ciclo de vida e, consequentemente, as referências às mulheres neste documento incluem as meninas. Esta violência assume múltiplas formas, incluindo atos ou omissões destinados ou suscetíveis de causar ou resultar em morte, dano ou sofrimento físico, sexual, psicológico ou econômico para as mulheres, ameaças de tais atos, assédio, coerção e privação arbitrária de liberdade.

Já na Recomendação Geral nº 33 (2015)²⁵ destaca que:

O direito de acesso à justiça para as mulheres é essencial à realização de todos os direitos protegidos em virtude da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres. É um elemento fundamental do Estado de Direito e da boa governança, junto com a independência, imparcialidade, integridade e credibilidade da judicatura, a luta contra a impunidade e corrupção, e a participação igualitária das mulheres no judiciário e em outros mecanismos de aplicação da lei. O direito de acesso à justiça é multidimensional. Abarca a justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade, provisão de remédios para as vítimas e a prestação de contas dos sistemas de justiça. Para os fins da presente recomendação geral, todas as referências a “mulheres” devem ser entendidas como incluindo mulheres e meninas, a menos que especificamente indicado de outro modo.

24 CONVENÇÃO PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). **Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/769f84bb-4f9230f283050b7673aeb063.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2026.

25 CONVENÇÃO PARA A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). **Recomendação geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça**. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Reco-mendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2026.

Em grande parte das vezes, o Judiciário, como poder constituído, é o último e/ou o único recurso disponível para uma possível reparação ou mesmo para lhes dar guarida em uma realidade de dor e sofrimento inestimáveis, fomentando políticas públicas, sem perder de vista a verificação probatória e a difícil análise de contextos familiares que orbitam nas complexas camadas do delito sexual.

Está sobre si a responsabilidade política, social e jurídica de extirpar arcabouços discriminatórios e os substituir por sustentações democráticas e includentes, criando um fator gerador de novos olhares sobre as disparidades de gênero e raça, principalmente identificando as distorções e as corrigindo.

GRAVIDEZ PRÉ-EXISTENTE: O XEQUE-MATE DO SISTEMA DE PRECEDENTES SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Especialista em Coletivização, Precedentes,
Coerência e Integridade do Direito pela ENFAM
Mestre em Perícias Forenses pela UPE
Mãe e Dona de Casa
Juíza Federal

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo enfrenta desafios processuais surgidos no exercício da jurisdição em demandas cujo objeto tem por assunto salário-maternidade de seguradas facultativas e contribuintes individuais. Trata-se de tema com massividade exponencial, a importar numa onda de processos recorrentes no Judiciário Federal, mais precisamente nos Juizados Especiais Federais – JEFs, e exigir aplicação do Sistema de Precedentes brasileiro, inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, CPC/2015.

No controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal – STF foi chamado a se pronunciar sobre a legitimidade da previsão legal de carência para o salário-maternidade das categorias contribuinte individual e facultativas, sem que a mesma imposição se fizesse para as seguradas empregadas, domésticas e avulsas, tendo concluído pela desobrigação. Ato reflexo, sem precisar de um prazo de 10 meses de contribuição anteriores ao nascimento, ou seja, carência, passou-se a entender que o pagamento de uma única contribuição sem atraso antes do nascimento da criança seria suficiente para a filiação e consequente liame obrigacional autorizador do benefício.

Confrontando o suposto precedente, no entanto, os julgados havidos na 30ª Vara Federal de Pernambuco passaram a realizar a distinção, na forma dos arts. 489, §1º, V, e 927, §1º, do CPC/2015, interpretando que a tese jurídica firmada no precedente não era aplicável ao caso e justificando as razões para a improcedência do pedido.

A Turma Recursal – TR, em resposta a recurso, impôs a obediência à tese firmada no controle concentrado, devolvendo o feito ao juízo de origem para homologação do acordo constante dos autos, impedindo assim a matéria de alçar voo ao Supremo. Sem acesso pela via recursal ordinária e sem a possibilidade de aplicar o precedente devido à distinção, o caminho foi designar audiência em busca de melhor definição dos *standards* interpretativos, de que tratam Ana Paula de Barcellos¹ e Daniel Sarmento², ocasião em que se convocou o Ministério Público Federal, instituição capaz de dar sequência nos recursos pertinentes ao destino: o STF.

No interregno, sobreveio a aprovação de enunciado no 1.º Congresso da Justiça Estadual e Federal, autorizando a iniciativa de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR por ofício de juízo componente do microsistema dos Juizados Especiais Federais – JEFs, consoante estatui o art. 977, I, do CPC/2015. E a sistemática veio a ser concretizada, embora ainda penda de pronunciamento. Enquanto isso, resta ser difundida discussão acerca de alternativas cabíveis para o assunto, porque, mesmo esse caminho, no caso, parece ser ineficiente. Se o STF já se pronunciou e estatuiu a tese jurídica, a interpretação sobre se o precedente estaria ou não incluído compete ao próprio Supremo e não a outro órgão da base ordinária de julgamentos. A via mais efetiva poderia ser um caminho direto ao próprio STF. Uma reclamação constitucional, embargos de declaração com iniciativa judicial, talvez.

Longe de uma análise histórica, comparada, conceitual ou mesmo empírica da formação de precedentes no Brasil, a perspectiva é apresentar à comunidade acadêmica a problemática que adveio do enfrentamento dessa querela

1 Apud BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2008.

2 SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2012.

e, compreendendo dificuldades e lançando premissas, convidar essa mesma comunidade a que possa interagir com ideias que resultem em saídas baseadas em instrumentos processuais já existentes ou mesmo que possam surgir a partir do estudo proposto. É dizer tanto uma análise de lege lata quanto lege ferenda. Na prática, a ação do pesquisador aqui consistirá em olhar a aplicação pelo Judiciário de um precedente a um tema concreto como que num laboratório, questionando os pontos cegos existentes no caminho para a realização de distinção, por meio da interpretação do precedente de que trata Fredie Didier Jr *et alii*³, como se insurgir quando existe aparente falta de clareza ou incoerência na aplicabilidade de decisão com força cogente, de modo a eleger o instrumento mais eficaz, célere e eficiente para a formação, modificação ou mesmo revogação de um precedente.

Para tanto, é necessário partir da compreensão do tema objeto da uniformização que resultou na multiplicidade de ações repetitivas. Depois, deve-se analisar a problemática havida na aplicação desse julgado pelos diversos atores processuais, advocacia, Judiciário e o próprio réu. Para, finalmente, habilitar o leitor a entender qual o problema subsistente, de modo a chegar nos resultados encontrados que possam ser discutidos cientificamente.

Numa revista, que tem por fim homenagear o juiz federal e professor de processo civil Ubiratan Couto Maurício, esse pululante assunto passa a ser desafiador porque, a um só tempo, põe em conexão ambas as missões vocacionais do prestigiado profissional, despertando a academia a se debruçar sobre o ofício judicante em busca de saídas para maior eficiência dos precedentes.

O objetivo desta pesquisa científica, assim, consiste em dialogar com os instrumentos postos à disposição do juiz que questiona a interpretação dada à decisão com eficácia persuasiva no controle concentrado de constitucionalidade pelo órgão que o edificou, contestando o entendimento adotado no caso pelos atores processuais, testando outros instrumentos que talvez possam ser mais eficientes ou até mesmo propondo a criação de um mecanismo ainda não

3 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 14 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

pensado e positivado, a fim de contornar as adversidades surgidas, tal como a apresentada no enfrentamento do tema.

A proposta é desafiadora e alvissareira, à medida que acompanha a maturidade do Judiciário para lidar com o jovem Sistema de Precedentes que quer se consolidar. Os séculos que levaram os povos do common law a perseguir as tradições e costumes dos antecedentes para influenciar os julgamentos futuros, fez surgir a cultura do precedente, onde a decisão anterior determina a subsequente. Então, é intuitivo que, para extrair a racionalidade jurídica dos julgados anteriores, seja necessário produzir nas gerações de operadores do direito atuais a cultura, ou seja, o aprendizado de colher o conteúdo de uma decisão judicial e aplicá-la às seguintes. Consiste em exercitar o complexo sistema jurídico e dele enxergar os círculos de causalidade no afã de entender eventuais obstruções dentro do diagrama sistêmico de que trata Peter Senge⁴. E, quando a comunidade científica é chamada a visualizar o problema, diagnosticar entraves e apontar possíveis soluções, há o crescimento e expertise do enfrentamento por todos.

1. DESENVOLVIMENTO

Tudo começa pelo julgamento firmado no Supremo Tribunal Federal – STF, nas Ações Direta de Inconstitucionalidade 2.110 e 2.111 – ADI 2.110 e 2.111, decisões com eficácia persuasiva reforçada (art. 927 do CPC/2015). Estava em xeque a validade jurídica da Lei 9.876/1999, que previu o salário-maternidade para as classes de segurados da Previdência até então não previstas - contribuintes individual, facultativa e especial, estas quando realizem as contribuições sobre a produção, na forma da legislação de regência⁵ -, e exigiu carência de 10 contribuições para permitir o gozo do benefício⁶. A alegação era de achaque à

4 SENGE, Peter M. A Quinta Disciplina. Arte e Prática da Organização que Aprende. OP Traduções, Rio de Janeiro: Editora Best Seller, 22ª Edição, 2006.

5 Categoria praticamente inexistente no Nordeste do Brasil, o que se dá pela realidade vivida numa região que vive de benefícios assistenciais.

6 A título conceitual, muito clarificante é a definição do próprio INSS nos campos “Seus Direitos e Deveres” e “Perguntas Frequentes e Cartilha do Segurado Especial de **carência**”: “*é o tempo mínimo de contribuições necessárias*

isonomia, porque a mesma exigência não era imposta às contribuintes empregada, empregada doméstica e avulsa. E o que disse o STF?

3. A exigência legal de carência para a percepção do benefício de salário-maternidade pelas seguradas contribuintes individuais e seguradas especiais (caso contribuam e requeiram benefício maior que o valor mínimo) foi reformulada, desde a propositura das ações diretas em julgamento, pela Medida Provisória n. 871/2019 e pela Lei n. 13.846/2019, remanescendo, porém, o período mínimo de 10 (dez) meses para a concessão do benefício.

4. Viola o princípio da isonomia a imposição de carência para a concessão do salário-maternidade, tendo em vista que (i) revela presunção, pelo legislador previdenciário, de má-fé das trabalhadoras autônomas; (ii) é devido às contribuintes individuais o mesmo tratamento dispensado às seguradas empregadas, em homenagem ao direito da mulher de acessar o mercado de trabalho, e observado, ainda, o direito da criança de ser cuidada, nos primeiros meses de vida, pela mãe; e (iii) há um dever constitucional de proteção à maternidade e à criança, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988, como sublinhou o Supremo no julgamento da ADI 1.946. A racionalidade jurídica ou ratio iuris do citado precedente, assim, consistiu em 3 pontos: a) a lei em tese não pode pressupor má-fé de uma categoria de segurada em detrimento de outra; b) a exigência de carência seletiva implica infringência ao princípio da igualdade; c) a constituição estabelece um dever de proteção à maternidade e à infância, o qual impõe que o Estado assuma custos de benefícios previdenciários sozinho, não podendo exigir do empregador contribuições diferentes dos seus empregados, a depender do sexo, pois assim fazendo importa em violação à isonomia entre homens e mulheres. Isso foi só.

Dito de outra forma, embora independente de carência, o salário-maternidade continuou sendo garantido a todas as **SEGURADAS**. Não podia ser

para que o segurado tenha direito a determinados benefícios previdenciários. Por exemplo, para a aposentadoria, a carência exigida é de 180 meses de contribuição. Na lei, como visto nos dispositivos retro transcritos, a carência é de 10 meses e é exigida apenas das seguradas contribuinte individual, das seguradas especial que contribuem com valores acima de 1 salário mínimo e das seguradas facultativas.”

diferente, porque assim estabelece o art. 71 da Lei 8.213/99: “*O salário-maternidade é devido à **segurada** da Previdência Social.*” Ainda em consequência, pode-se estabelecer como premissa que a segurada da Previdência, isto é, alguém que paga regularmente suas contribuições⁷, terá direito a uma prestação, se e somente se, advier a condição da maternidade. Portanto, primeiro é necessário haver a filiação, o pagamento da contribuição, e só depois, supervenientemente, a maternidade, de modo que não há a necessidade de um tempo de contribuição após a filiação para permitir o benefício, o que se considera carência. Ocorridas no mundo fático as premissas de maternidade e de filiação previdenciária, poderá ser exigida a prestação do responsável pela Previdência Social no Brasil, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. O risco coberto é a maternidade, tal como previsto no art. 201, II, da Constituição Federal – CF, que, aliás, trata das prestações da Previdência Social, instituição diferente da Assistência Social exatamente porque esta prescinde

⁷ Ainda seguindo os conceitos do próprio INSS:

filiação previdenciária “é o vínculo que se estabelece entre as pessoas que contribuem para o Previdência Social e esta, resultando em direitos e obrigações. Pode ser obrigatória ou facultativa. Na primeira, a filiação ocorre automaticamente quando a pessoa exerce uma atividade remunerada. Na segunda, a filiação facultativa, a opção de se filiar ao RGPS se dá espontaneamente, por opção do próprio interessado, que não exerce atividade remunerada, como é o caso das donas de casa e estudantes. Nesta hipótese, é necessário realizar a inscrição formal (ato de filiação) e efetuar o pagamento da primeira contribuição para gerar direitos a benefícios. O ato de filiação para os segurados obrigatórios ocorrerá de forma automática a partir do exercício de atividade remunerada vinculada ao RGPS. No entanto, os contribuintes individuais, embora integrem lista de filiação obrigatória e compreendam vasta categoria que abrange muitos trabalhadores, basicamente abrangem os profissionais que trabalham por conta própria. Dessa forma, apesar de exercerem atividade laborativa, o ato de filiação se dá com o pagamento da primeira contribuição sem atraso.

Inscrição: “considera-se inscrição, para os efeitos na Previdência Social, o ato pelo qual a pessoa física é cadastrada no Regime Geral de Previdência Social – RGPS mediante comprovação dos dados pessoais, da seguinte forma: a) empregado – pelo empregador, por meio da formalização do contrato de trabalho, a partir do uso do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial; trabalhador avulso – pelo cadastramento e registro no OGMQ, no caso de portuários, ou no sindicato, em se tratando de não portuário, e a partir da obrigatoriedade do uso do eSocial, por meio de cadastramento e registro eletrônico nesse Sistema; c) empregado doméstico – pelo empregador, por meio de registro contratual eletrônico no eSocial; d) contribuinte individual – por ele próprio, mediante cadastramento de informações para identificação e reconhecimento da atividade, sendo que o INSS poderá solicitar comprovação desta condição, a se realizar por meio da apresentação de documento que caracterize o exercício da atividade; pela cooperativa de trabalho ou pessoa jurídica a quem preste serviço, no caso de cooperados ou contratados, respectivamente, se ainda não inscrito no RGPS; e pelo Microempreendedor Individual – MEI, por meio do sítio eletrônico do Portal do Empreendedor; e) segurado especial – pelo titular do grupo familiar, sendo que o INSS poderá solicitar a comprovação desta condição, por meio de documento que caracterize o exercício da atividade declarada; e f) facultativo – por ato próprio, mediante cadastramento de informações para sua identificação, desde que não exerça atividade que o enquadre na categoria de segurado obrigatório.

de contribuição e naquela se exige⁸. Mesmo porque se o nascimento fosse o fato gerador do benefício, que dizer do pagamento feito quando as seguradas perdem os bebês no parto (natimorto) ou mesmo quando a mãe não gera e sim adota ou obtém a guarda destinada à adoção? Em quaisquer dessas hipóteses, o que justifica o benefício é a maternidade e não o nascimento, este que passa a ser mero exaurimento do direito adquirido que é a gravidez. Em verdade, partiu-se do pressuposto de que o nascimento seria o fato gerador do benefício, o que, evidentemente, não é, pelas razões aqui demonstradas.

À guisa de identificar os requisitos constitutivos do direito ao benefício previdenciário de salário-maternidade após a decisão do STF no precedente firmado nas ADIs 2.110 e 2.111, em resumo, têm-se a maternidade e a filiação. E também que a lei em tese não pode estabelecer pressuposição de má-fé, ex ante, ou seja, de antemão a lei pressupõe que determinadas espécies de seguradas atuam com má-fé. Nada impede que o intuito fraudulento possa vir a ser investigado no curso de um processo individual, ao qual se permita a produção probatória com a outorga do contraditório e da defesa com os recursos a eles inerentes.

Descurando-se dessa circunstância e interpretando o precedente gizado que estabeleceu o fim da carência, a classe advocatícia passou a arregimentar grávidas, inclusive munindo-se de anúncios em redes sociais ou reportagens de TV e rádio, com a informação de que recente decisão do Supremo permitiu que qualquer mulher grávida tenha direito de receber uma prestação previdenciária de salário-maternidade, contanto pague uma contribuição antes

8 Segundo o art. 201 da CF, “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: I – cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no §2º. Já o art. 203 da CF estatui: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei; VI – a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza”.

do nascimento da criança⁹. Em consequência, os JEFs foram invadidos por milhares de ações de supostas seguradas que, em sua grande maioria, passaram a se filiar como facultativas, embora algumas ainda se inscrevam como contribuintes individual e até possa pagar algumas contribuições, mas sempre após saber da gravidez.

Essa iniciativa gozou do beneplácito do Judiciário que, aplicando o “precedente”, não fez juízo de valor sobre se, no caso concreto, por ventura estava havendo algum vício de vontade ou má-fé no pagamento dessa contribuição que ensejava a qualidade de segurado, porquanto realizada quando o sinistro (maternidade) já era existente, o que se convencionou chamar gravidez pré-existente.

Era esperado que todo o universo feminino que se tornou de uma hora para a outra cioso de seus direitos previdenciários quisesse se manter garantido perante o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, a importar em continuidade dos pagamentos como facultativo e/ou contribuinte individual. Só que não foi isso a que se assistiu. Não houve estímulo à formalização previdenciária, ao contrário, na prática, houve só o pagamento de uma única contribuição, em sua grande maioria no mês antes do parto, no entender dessa tese suficiente para caracterizar a suposta qualidade de segurado e obtenção do benefício, sem que fossem continuados os pagamentos das demais competências, mesmo após o período de graça pelo hipotético recebimento do salário-maternidade. Tanto que as demandas judiciais desse teor foram instruídas tão somente com a certidão de nascimento e o Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, em que é evidenciada uma única competência paga como segurada facultativa, em geral, no mês imediatamente anterior ao nascimento.

A essa circunstância, nomeou-se ausência do animus filiandi. A intenção de se filiar à Previdência se materializa, no caso do contribuinte individual ou do facultativo, por meio do ato de inscrição, que consiste em fazer o cadastro perante a autarquia e realizar o primeiro pagamento sem atraso, mas essa inscrição precisa se fazer se proteger das intempéries cobertas pelo regime

9 A esse respeito, uma simples consulta na rede mundial de computadores expressa essa realidade, com inúmeros vídeos, lives, aulas etc explicativos do assunto: salário maternidade de facultativas - Pesquisar.

geral, a deduzir que não estejam presentes os sinistros, pois se se pagar quando já existente, não há intenção de se filiar, mas de gozar do benefício, o que desvia a finalidade para o animus gozandi, ou seja, o pagamento se faz com a intenção de receber o benefício. No caso, pela gravidez existente ao tempo da filiação que se materializou pela inscrição.

Assistindo aos reiterados julgamentos contrários à sua tese, tanto nos JEFs quanto nas TRs, o INSS viu-se premido a “cumprir o precedente”. Querendo se desfazer da imagem de pior litigante da Justiça brasileira editou a Portaria 188/2025, por meio da qual passou a validar pedidos dessa natureza na esfera administrativa e autorizar a propositura de acordo e renúncia a recurso dos feitos de idêntico conteúdo, ainda em trâmite judicial. Na sequência, essa atitude repercutiu na redução da judicialização do assunto pelo deferimento administrativo que passou a igualmente subsistir e no esgotamento da recorribilidade à vista da homologação de acordo ou renúncia a recursos precluindo a possibilidade de avançar nas instâncias recursais ordinárias apto a fazer chegar na ponta do Judiciário a discussão sobre se o STF afirmara a prescindibilidade da qualidade de segurado para a concessão do salário maternidade de contribuintes individuais/facultativas.

Este o cenário encontrado na primeira instância, quando da superveniência do ato normativo infralegal. O juízo havia julgado liminarmente improcedente o pedido, com base na decisão do STF no controle concentrado das ADIs 2.110 e 2.111, interpretado a partir da distinção feita ao caso concreto, consoante o até aqui fundamentado. Tudo em obediência ao art. 927, I, do CPC/2015. Não havia ainda resposta da TR. Alguns processos estavam conclusos para julgamento com contestação, e, na réplica, os patronos traziam as sentenças de outras varas da mesma sessão e das próprias TRs favoráveis ao pleito; outros continham proposta de acordo já aceita e pronta para minutar pela homologação. Havia assim a chance de homologar o acordo automaticamente e submeter os conclusos à uniformização do entendimento, convertendo em diligência para indagar se nos casos seria possível a mesma proposta. Era o mais simples a fazer. Aplicar o precedente e liberar todas as parturientes ao salário-maternidade, em prol dos princípios ali sedimentados. Sendo, ao contrário, entendido não subsistir o requisito da qualidade de segu-

rado, caberia o julgamento de improcedência, mesmo em relação aos feitos com proposta de acordo aceita pela parte? Qual a coerência jurídica que teria um juízo que homologasse o acordo daqueles feitos nos quais tivesse havido o pedido e, no mérito, rechaçasse valia ao pleito daqueles em que, por azar, não tivesse a mesma providência, muitas vezes porque a ação se dera antes do ato infralegal? Nenhuma, por isso, o juízo da 30ª Vara de Pernambuco permaneceu firme na recusa à homologação do acordo e seguiu a improcedência do pedido, mesmo quando sobreveio da TR que o sujeitou a tanto. Embora tenha transparecido aparente desrespeito à decisão da instância superior, o fundamento consistiu na coerência e integridade do Direito. Tal medida, aliás, contou com a notificação extraoficial e informal à Corregedoria, a qual considerou se tratar de atividade jurisdicional e não propriamente administrativa, a autorizar a resistência.

Acerca dessa resistência, importante o registro de que a recusa ao acordo se deu motivada em vício de vontade na filiação da interessada quando realizou o pagamento da contribuição como facultativa ou contribuinte individual antes do nascimento, mas posterior à ciência da gravidez. Então, se a inscrição no RGPS se deu após a maternidade, a vontade da segurada estava viciada, não podendo o INSS assegurar a filiação para essa finalidade, porque a gravidez era pré-existente. Isso habilitaria a autarquia a negar a prestação por esse motivo – ausência de vontade, jamais propor acordo. E, como dito que a interpretação jurídica do precedente fora equivocada, ausente também legalidade do objeto do acordo, o que só se deu com base numa interpretação do precedente que levou a autarquia a jogar a toalha e editar normativa infralegal de renúncia a recurso e proposta de acordo. Tendo havido vício de vontade da autora no ato de filiação e, ainda, afastada a legalidade do direito ao benefício, porque inexistente o pressuposto da qualidade de segurado, o juízo possui fundamento que o autoriza a repulsar o negócio jurídico manifestado pela proposta de acordo aceita pela interessada. Isso pela identificação de vício de vontade e de objeto que mune o magistrado de elementos para repulsar homologação ao acordo, por invocação do Código Civil (arts. 166 a 168). Fica, então, justificado o comportamento processual.

Sobreveio, em seguida a resposta da TR, com a imposição para validar a transação das partes, porque legitimamente baseada em legalidade do objeto e dos agentes, sobretudo em cumprimento ao precedente, que o juízo estava sendo recalcitrante em aceitar. No caso, foi designada audiência, a fim de apurar a prova oral e melhor definir a má-fé no caso concreto, para tanto convidando o órgão ministerial, que seria o único habilitado a fazer chegar recurso no STF, já que o INSS não tinha legitimidade diante da preclusão pela oferta de acordo. O julgamento subsequente manteve o entendimento da negativa ao benefício, sendo recorrido e pendente de julgamento pela TR.

Diante desse quadro, surge a indagação: o STF realmente decidiu que TODA mulher grávida terá direito a salário-maternidade, bastando que faça uma única contribuição antes do nascimento? Foi esse, de fato, o alcance do julgado da referida ação direta? Teria o órgão julgador legitimidade para, independente de previsão legal, desconsiderar os limites financeiros e em um rompante de ativismo judicial, sobrelevar o direito constitucional da isonomia a ponto de estabelecer a premissa que converte o salário-maternidade em praticamente um benefício assistencial, à medida que não mais se torna dependente de uma efetiva contribuição que anteceda o risco coberto? Aparentemente não, mas só esse órgão teria como tem legitimidade para responder. Então, como fazer chegar a matéria até lá?

Outrossim, sendo a gravidez pré-existente ao ingresso no RGPS, é dever da autarquia assumir a obrigação? É legítimo que alguém que se sabe grávida pague a contribuição de R\$100,00 para receber R\$6.000,00? A prevalecer esse precedente extraído da decisão do controle concentrado, seria também uma decorrência lógica extrair a regra vinculante que se amolda à *ratio decidendi* do precedente anterior, no sentido de que o mesmo princípio aplicado ao julgamento do salário-maternidade venha a ser utilizado para demais espécies de benefícios, pensão por morte, auxílio-reclusão, e, quem sabe até benefício por incapacidade, mesmo diante da regra que não admite a filiação nos casos de doença pré-existente. Essa premissa pode acabar com a ideia de seguro e ser o fim da Previdência Social no Brasil. Não por outro motivo esse foi o título do presente artigo: a leitura de um precedente pode vir a representar verdadeiro xequemate do RGPS. Seria o caso de admitir que a família do

morto que não contribuía para a Previdência pague para satisfazer a qualidade de segurado e garanta uma prestação, quem sabe talvez por que haja menores, viúva sem trabalho ou mesmo condição precária da família? Ou que os dependentes do preso que não era filiado venham a contribuir após a prisão para que não sejam privados das condições mínimas de sobrevivência? Ou que a incapacidade advenha antes da filiação e autorize a reforma do texto expresso de lei que não admite o enquadramento como segurado daquele que cioso da doença venha a contribuir exclusivamente para assumir a qualidade de segurado, a menos que haja agravamento, a teor dos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/99. A prevalecer a premissa de que a gravidez pré-existente autoriza a prestação, seria o caso de rever a regra expressa do texto legal?

Finalmente, se as contribuintes individuais e facultativas podem pagar a contribuição após a maternidade, também não seria possível às empregadas, domésticas e avulsas a mesma providência? Com isso, nenhuma categoria estaria a salvo da prévia condição de segurado para o gozo do benefício. Sim, porque se diz que as facultativas e individuais não precisam ser seguradas, também as empregadas e avulsas não precisarão por força do mesmo princípio da isonomia que foi a ratio decidendi do STF na formação do precedente qualificado. E, assim, o resultado é que qualquer mulher grávida pode obter a prestação, independente de contribuição ou de filiação previdenciária ou mesmo de qualquer categoria de contribuinte obrigatório ou facultativo.

Desde já se constata um tanto quanto improvável que tenha havido esse tipo de decisão da corte suprema do país. E uma forma de confirmar que essa interpretação é de ser afastada seria indagar ao próprio órgão prolator do precedente se foi isso o que quis dizer com o texto da decisão nas ADIs 2.110 e 2.111.

Então, o desafio é obter do Supremo o pronunciamento expresso sobre se a decisão precedente envolvia a admissão de que a gravidez pré-existente autoriza o pagamento da prestação, com a perspectiva de aplicar o mesmo precedente a situações similares que são os consectários morte, reclusão e doença pré-existentes ou mesmo estender a prescindibilidade da filiação para as demais categorias de empregadas, domésticas e avulsas, se das individuais e das facul-

tativas não é exigido. E como fazer chegar até a corte que criou o precedente essa discussão? Para responder a essa indagação, seria o caso de olhar para o sistema jurídico atrás de instrumentos passíveis de levar o assunto à reanálise por aquela corte, a fim de apurar se foi esse mesmo o precedente firmado.

O primeiro poderia ser a reclamação constitucional. Inicialmente instituída por previsão no Regimento Interno do STF, referido instrumento veio a ser positivado no direito pátrio por meio do CPC/2015. Antes, não era exigido o esgotamento das instâncias ordinárias, tampouco a inocorrência de trânsito em julgado, pressupostos que passaram a ser impostos depois da previsão legal. Sendo necessário que da decisão não coubesse mais recursos, a medida se torna inviável, à luz da Portaria 188/2025, porque a proibição de o INSS recorrer sobre o assunto obstacularizaria que o recurso chegasse até a instância superior. Estando o INSS subjugado ao entendimento do precedente, sobretudo pelo citado ato normativo, não haveria sequer interesse jurídico hábil à interposição do recurso, de modo que o assunto não chegaria ao destino.

Mais uma alternativa seria fazer chegar à TR um recurso discutindo o tema. Para tanto, seria imprescindível uma sentença de improcedência. E o que dizer de um réu que, por força do ato infralegal, apresenta transação? Nesse cenário, aceita a conciliação, pode-se perguntar se o juiz é de ficar adstrito ao pacto ou poderá recusar o acordo. Estaria o juízo adstrito ao combinado das partes? Seria possível falar em vícios de vontade nesse caso? Estaria o juízo adstrito ao acordo das partes ou poderia ele oferecer recusa e levar a matéria à instância a qua? Recusado o acordo, no caso, o recurso inominado da parte autora resultou na anulação da sentença e a imposição da turma para que o juízo a quo homologasse o acordo, com base no precedente das ADIs 2.110/2.111.

Tentou-se ainda superar a citação e proceder ao julgamento liminar de improcedência, restabelecendo a antiga previsão do art. 285-A do CPC/1973, no sentido de que a instância julgadora poderia se basear em precedentes do próprio juízo para negar a pretensão reiteradamente apresentada em modo repetitivo, independente de aguardar o pronunciamento superior. Ocorre que a esse respeito a reforma processual limitou de forma expressa a improcedência aos pronunciamentos expressos do STF/STJ, a depender da origem constitu-

cional ou legal do tema objeto do recurso. Mesmo assim, nos feitos em que se superou a angularização processual pela citação, foi determinada a anulação.

De outro lado, diante da pressão da TR quanto à homologação do acordo, tem-se a recusa judicial a tal providência à vista do vício de vontade, tanto a expressa pela interessada, ao pagar a contribuição, quando se sabe grávida, quanto a manifestada pelo INSS que valida a transação. Isso porque há consciência de que inexistente a vontade de se filiar e permanecer filiada, mas meramente o intuito de obter o benefício de salário maternidade. Mantendo-se a recusa ao acordo, designa-se pauta instrutória para a qual, além dos interessados é intimado também o órgão ministerial, a fim de atuar na defesa do interesse público. Ainda que tenha havido essa providência, o assunto não logou chegar ao Supremo e enquanto isso, afunilam-se os ajuizamentos de novas ações dessa natureza, certamente pelos deferimentos administrativos que sucederam à autorização da Portaria 188/2025.

Persistindo no caminho de fazer a matéria chegar ao Supremo, outra saída consistiu em oficiar perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF5, mediante instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR. Tal providência partiu da aprovação do enunciado de iniciativa do Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, no 1.º Congresso da Justiça Estadual e Federal, promovido pela Escola Nacional de Magistratura, que estatui a competência dos tribunais para julgamento de demandas dos JEFs, com os seguintes termos:

“Para viabilizar a participação e a influência dos juizados especiais na formação dos precedentes qualificados, os juízes com atuação nessas unidades poderão enviar ofício do respectivo tribunal de justiça ou tribunal regional federal a fim de suscitar incidente de demandas repetitivas. Nessa hipótese, poderá ser afetado para julgamento qualquer processo em trâmite no tribunal que verse sobre a questão jurídica indicada como repetitiva, independentemente de sua origem.”

Essa iniciativa do enunciado, aliás, representa aquilo que o presente artigo procura alcançar. Afinal, parte da premissa de que os juizados estavam de fora do Sistema de Precedentes, à medida que as decisões ali proferidas não podiam caminhar até as cortes definidoras dos precedentes, se o espectro deles de decisão não passa pelos Tribunais, que são, em última análise, quem poderão gerir o IRDR. A esse propósito, exatamente por visualizar essa falta, no mesmo congresso, foi sugerida proposta de enunciado que autorizava ao juízo de primeira instância legitimidade para, igualmente por meio de ofício, a instauração de reclamação constitucional. A saída não evoluiu, não chegou sequer a merecer resposta das instituições organizadoras, mas a aprovação do citado enunciado alcança essa mesma finalidade, embora, como se vê não resolve o problema ora demonstrado, que é como fazer o STF se pronunciar sobre a aplicabilidade do precedente que dispensa a carência vai alcançar também a hipótese em que a filiação se dá quando já existente a maternidade. Com outras palavras, se para a filiação é necessário que a interessada não esteja grávida, pois estando, não se pode falar em risco antes do ingresso no RGPS. Uma vez aplicável o precedente, esse mesmo STF estará asseverando que a gravidez pré-existente admite o benefício.

Ainda no enfrentamento do problema, quando não se tinha esse permissivo, que, aliás, ainda está para ser, de fato exercido, à medida que o TRF5 não possui um processo sobre a matéria e resta ver se sua excelência o desembargador-relator assumirá o papel de avocar as ações indicadas como paradigmas no IRDR. A despeito de não subsistir ação em curso no tribunal com o mesmo objeto tendo em vista que o valor da causa nas ações de salário-maternidade de seguradas facultativas é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos com submissão jurisdicional do JEF e não das varas cíveis, oficiou-se mediante IRDR, que recebeu o número de tombo 0005959-09.2026.4.05.0000, Pleno, Rel. Des. Edvaldo Batista, outorgando ao TRF a avocação dos processos em curso perante o juizado de origem. Até o momento, todavia, não houve pronunciamento do TRF, nem mesmo sobre o juízo de admissibilidade, diante do qual se requereu o sobrestamento das ações de igual natureza.

A pergunta que não quer calar é, então, como instigar o STF a responder ao questionamento sobre a extensão de aplicabilidade do precedente? Sim,

porque tivesse a resposta sobre essa simples indagação, não seriam necessários quaisquer desses outros instrumentos acima narrados. E, em verdade, esse “questionamento” mais tem a conotação de um outro instituto, embargos de declaração, que é o ferramental utilizado para obter clareza, coerência e/ou pronunciamento, ou até corrigir algum lapso evidente (erro de digitação, nome, cálculos, etc.). Mas, se o INSS não se dignou de embargar de declaração no curso das ADIs, teria legitimidade o juízo para fazê-lo? Estaria sujeito a algum prazo? Não havendo previsão legislativa, seria aceitável essa resposta direta ou seria necessário inovação legislativa a respeito? Ao que parece não seria possível ao juiz de primeiro grau se dirigir diretamente ao Supremo, a menos que venha a ser editada a previsão. E, se não é possível atualmente por não estar previsto em lei, chega-se à mais temida das consequências no Sistema de Precedentes, aquele argumento mais preocupante da adoção do regime, que é o risco de engessamento. Afinal, se o sistema não suporta a submissão pelas instâncias ordinárias de matéria madura o suficiente para despertar o julgamento, por certo estará fadado a permanecer no estado em que se encontra. É dizer, não haverá campo para distinção ou mesmo superação do precedente, a ponto de se chegar à temível estagnação.

Sendo assim, uma saída mais eficiente para a situação concreta evidenciada passa pela aceitação pelo STF de embargos declaratórios a serem opostos pelo juízo que realizar a distinção, nem que seja quando seja demonstrado que as saídas oficiais foram até o momento inservíveis a alcançar o objetivo e a demora até que ocorra a solução possa repercutir contrariamente à integridade do Sistema Jurídico, porque irá representar um sem número de julgamentos diferentes e sem validação do precedente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desse cenário, é possível concluir que uma aparente interpretação equivocada de um precedente calcado no controle concentrado de constitucionalidade, a despeito de seu propósito de trazer segurança, estabilidade e coerência na prestação jurisdicional, acabou por colocar em xeque a Previdência Social do Brasil.

A decisão que dispensa as seguradas facultativas e contribuintes individuais de carência de 10 meses de contribuição para o RGPS, porquanto a mesma regra não é exigida das empregadas, domésticas e avulsas não as dispensa de estarem filiadas antes de a maternidade ocorrer. Afinal, o direito adquirido ao benefício pressupõe a condição de segurada e a maternidade. Quando se exigia o período de 10 meses da classe das “autônomas”, que são as que para a filiação é exigido o ato formal de inscrição a seu encargo, buscava o legislador oferecer um critério objetivo para definir os elementos constitutivos da prestação. Com isso, impediria o uso de fraudes para se valer dessa condição. Se o Supremo disse que a lei não pode por antecipação pressupor a má-fé, nada impede que a análise seja feita no caso concreto, oportunizando à interessada o direito de provar que, ao se filiar, não conhecia a gravidez, o que no caso concreto foi feito e concluído subsistente o vício de vontade.

Na prática, o ponto de partida para saber se uma mulher tem direito ao salário-maternidade passa por identificar quando ocorre a filiação, primeiro requisito para autorizar a prestação, pois só a segurada pode ter direito a um benefício previdenciário. Sendo a maternidade posterior à filiação, o direito é mister. Sendo ela anterior, o risco já é conhecido quando do pagamento, a importar em gravidez pré-existente à filiação. É preciso não confundir o marco do direito adquirido, que é a maternidade, com o nascimento, mera exequibilidade. A data do nascimento é utilizada como baliza para olhar pelo retrovisor e apurar a data da previsível gravidez. Feita a ilação mental e detectado que a filiação só ocorreu porque o sinistro já havia ocorrido, não pode haver seguro, a fim de visualizar se ela se deu antes ou depois da filiação.

O argumento *ad absurdum* refuta decisões que impliquem manifesto equívoco, tal como parece ser o entendimento que prescinde da qualidade de segurado de quem pretende salário-maternidade. Só que a validação dessa tese equivocada desemboca na pressuposição de que uma gravidez pré-existente possa autorizar o vínculo obrigacional previdenciário. Se assim é, pela integridade e coerência que há de se ter, a mesma regra haverá de valer para os casos de reclusão, morte e doença. Se assim ocorrer, não é necessária mais previdência, e pagamento de contribuições para se precaver contra riscos, já que os riscos depois de existentes poderão ainda autorizar a filiação.

Analizando o precedente originário, a decisão com eficácia persuasiva não disse que o benefício pode ser pago a quem não é segurado. Quem passou a assim entender foram os demais atores processuais, advogados privados, patronos públicos e o próprio INSS, o que veio a ser sufragado pelos juízos da base. Contestando um juízo a aplicação de uma situação concreta ao precedente, por meio da figura da distinção com o precedente, o modelo de superação requer sejam pavimentados caminhos que alcancem aquele órgão quem tem a missão constitucional de validar ou superar o precedente.

Se assim é, na situação concreta em que os juízes da base passaram a aplicar o suposto precedente sem se aperceber da distinção trazida pela decisão resistente, é esperado que o sistema jurídico afete o entendimento dissidente à validação pelo órgão de controle. No caso, a estrutura administrativa de conformação com o precedente levou à elaboração da Portaria 188/2025, que autorizou a procuradoria a propor acordo e renunciar a recurso. Em consequência, o aparato recursal necessário a fazer chegar as razões da superação não conseguiu alavancar o julgado até o Supremo. Tentativas foram feitas, inclusive com recusa a homologação de acordo, julgamento liminar de improcedência, ofício de instauração de IRDR a partir dos JEFs para o TRF, mas seria talvez cogitável *de lege ferenda* autorizar reclamação constitucional ou até ofício direto da instância *ad quem* para o órgão que julgou o precedente, como que em embargos de declaração.

A ausência desses instrumentos tal como demonstrado pode significar o fracasso da cultura do Sistema de Precedentes antes mesmo de ela ser implantada. Nada como se debruçar sobre o aparato judicial, a fim de ventilar estratégias para vencer os desafios.

AS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS PELO TEMA 485 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PARA A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO A RESPEITO DE CONCURSOS PÚBLICOS, SÃO COMPATÍVEIS COM O AMPLO ACESSO À JUSTIÇA CONSAGRADO NA CARTA MAGNA DE 1988

Élio Wanderley de Siqueira Filho
Desembargador Federal do TRF da 5ª Região

Há que se parabenizar a Seção Judiciária de Pernambuco pela feliz iniciativa de homenagear o Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, que integra os seus quadros desde os idos de 1991. Venho acompanhando a sua atuação e testemunho o seu zelo no exercício do ofício judicante, inspirado em uma postura sempre caracterizada pelo bom senso e equilíbrio, com o cuidado de respeitar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, entre tantos outros. Igualmente merecedor de encômios a sua jornada, como Professor de tantas gerações, na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

Não se trata apenas de reconhecer um magistrado diligente, mas de destacar uma personalidade jurídica cuja atuação sempre refletiu compromisso com a justiça material e a efetividade dos direitos fundamentais. Sua trajetória revela não apenas domínio técnico, mas também sensibilidade institucional e respeito à dignidade daqueles que recorrem ao Poder Judiciário.

Aqui, optou-se por trazer reflexões sobre uma matéria que tenho enfrentado, constantemente, nas demandas que me são submetidas, como integrante do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Qual a melhor interpretação a ser conferida ao Tema 485 do Supremo Tribunal Federal? Estabeleceu aquele Tema que “não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora

para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade”.

A escolha da temática ora abordada dialoga com a postura sempre adotada pelo Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, ao longo de sua carreira. Sua atuação foi marcada pela recusa em aceitar soluções meramente formais quando estas implicavam injustiça concreta, especialmente em situações que exigiam a intervenção do Judiciário para assegurar direitos indevidamente restringidos.

Tenho percebido que, quando as bancas examinadoras não acolhem impugnações de respostas atribuídas a quesitos de provas de concursos públicos e candidatos que se consideram prejudicados recorrem ao Judiciário, via de regra, invoca-se este tema, para não apreciar os atos por elas praticados. Quase como se a resposta aos recursos interpostos pelos examinandos fosse insuscetível de análise em ações judiciais.

Convém lembrar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, consigna que “a lei não excluirá da apreciação do Judiciário a lesão ou a ameaça a direito”. A inafastabilidade do controle jurisdicional constitui princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e imperativo da garantia à dignidade da pessoa humana.

Não por outra razão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” (artigo 8º), assegurando-se, ainda, “um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais” (artigo 25).

Na concepção clássica lançada por Montesquieu, em “O Espírito das Leis”, para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Neste sentido, não se pode extrair do paradigma vinculante a existência de uma classe de atos proscritos ou incognoscíveis pelo Poder Judiciário, mas a

necessidade de uma atuação pautada na autocontenção e na subsidiariedade, ou seja, todo ato administrativo é, em alguma medida, judicialmente controlável, notadamente quanto à legalidade, à legitimidade e ao respeito aos direitos.

Em outro raciocínio, o princípio da deferência à Administração não obsta o controle judicial sobre os atos administrativos, antes orienta a atuação cautelosa do Estado-Juiz, de modo a evitar a substituição indevida do administrador, na tomada de decisões que envolvam critérios de conveniência, oportunidade ou avaliação técnica, preservando o equilíbrio entre os Poderes.

Por outro lado, conforme o artigo 37 do mesmo diploma, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”. Aquele ou aquela que preencher os requisitos legais está habilitado a disputar uma vaga no serviço público, através do concurso, sem favorecimentos e privilégios. O concurso é (ou deveria ser) o meio pelo qual se identificará o melhor, o mais capacitado, o que demonstrar o maior conhecimento e experiência.

Leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos¹.

Assim sendo, cabe aos entes públicos a promoção dos certames, diretamente ou através de entidades especializadas regularmente contratadas com esse fim. Quem lograr uma colocação, na classificação, dentro das vagas dis-

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2005, p.502-503.

ponibilizadas, por ter obtido nota suficiente, respondendo, satisfatoriamente, as perguntas formuladas e apresentando os títulos necessários à pontuação necessária, se for o caso, faz jus à nomeação ou contratação.

A atuação administrativa, em todas as etapas do certame, tem a sua juridicidade firmada pela observância dos postulados constitucionais a ela inerentes. Decerto, a Constituição consagra o concurso público como o principal mecanismo de acesso aos cargos e empregos da Administração Pública, erigindo-o em instrumento de concretização dos princípios da igualdade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência administrativa. Nesse contexto, a elaboração, a aplicação e a correção das provas constituem etapas fundamentais para a efetivação de um processo seletivo pautado no mérito.

Como bem frisado pelo Ex-Ministro Eros Grau,

O concurso público é instaurado tendo em vista a escolha do melhor candidato ou dos melhores candidatos ao cargo público. A atribuição de notas aos candidatos é que instrumenta essa escolha, procedida – isso é evidente – mediante a formulação de juízo de legalidade e não de juízo de oportunidade. [...] Se admitíssemos que se verificasse, na hipótese, essa transmutação, estaríamos com isso a transformar o concurso público em mero expediente de legitimação de escolha pessoal da banca examinadora – escolha subjetiva, informada pela empatia de seus membros em relação a um ou outro candidato – o que é adverso à sua finalidade².

É evidente que devem ser observados com fidelidade os parâmetros estabelecidos no edital, que, como se costuma dizer, é a “lei” que rege o concurso. Daí já surge como imprescindível, sob pena de nulidade, que somente sejam abordados os temas estabelecidos no programa do concurso. Se a matéria é estranha ao conteúdo previamente contemplado, no pacto firmado entre a banca e os candidatos, a invalidação se impõe. Neste ponto, é bastante tranquilo que o Judiciário pode (e deve) reconhecer a lesão ao direito e obstar que se considere “a ilegalidade”.

2 GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 175.

A situação se complica, contudo, quando se está diante de casos em que a banca considera correta uma resposta que não o é. O verde não se torna vermelho, porque a banca examinadora assim entende.

A “liberdade” existente na fase interna do certame, notadamente na confecção do edital, na delimitação do conteúdo programático e mesmo na elaboração das provas, cede lugar à estrita observância de critérios técnico-científicos, no que concerne ao resultado do concurso. Desse modo, incumbe à autoridade administrativa, no exercício da sua discricionariedade técnica, explicitar as razões científicas que fundamentam os padrões de resposta contidos no gabarito oficial.

Sob essa perspectiva, defende Luiz Henrique Miguel Pavan que

(...) os princípios da eficiência, da razoabilidade e da moralidade impõem que não subsista qualquer margem de conveniência no momento da elaboração da grade de correção da prova objetiva do certame. A banca examinadora deve, obrigatoriamente, pontuar unicamente as assertivas corretas [...] não é crível que a administração vise à escolha do melhor candidato para obter o ingresso no serviço público e, simultaneamente, permita que a banca examinadora decida entre duas ou mais soluções admissíveis com base na conveniência e oportunidade. A subjetividade não persiste diante dos critérios técnicos inerentes ao concurso, baseados nos critérios fixados anteriormente no instrumento convocatório³.

Fábio Medina Osório, outrossim, salienta, quanto aos concursos da área jurídica, o seguinte:

(...) a Ciência Jurídica e as fontes formais do Direito constituem os limites técnicos à discricionariedade da Banca Examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Se existem limites técnicos, esses limites podem e devem ser controlados e fiscalizados pelo Judiciário. Por isso, quando

3 PAVAN, Luiz Henrique Miguel. *O controle jurisdicional das provas do concurso público*. Revista da Defensoria Pública da União, n. 2, 2009, disponível em <https://revistadapu.dpu.def.br/article/view/174/153>

a jurisprudência menciona a expressão ‘discricionariedade técnica’, há que se considerar a inarredável presença dos limites técnicos às liberdades de escolhas, pena de esvaziar-se o sentido lógico dessa espécie de discricionariedade, que é mais limitada do que outras modalidades. Essa discricionariedade não é pura, mas sim técnica, o que revela sua maior limitação frente à Ciência e aos paradigmas técnicos de controle e qualidade⁴.

Ora, se o edital consigna que será computado o ponto correspondente à alternativa correta e, na espécie, há mais de uma alternativa correta ou o gabarito aponta como certa uma alternativa equivocada, o edital foi frontalmente contrariado. Há, por consequência, uma patente ilegalidade, à medida que contrariada a “lei do concurso”.

Haverá, ainda, nesta violação ao edital, patente inconstitucionalidade e afronta a diversos preceitos e princípios extraídos do ordenamento jurídico pátrio. O objetivo do certame é o de selecionar os mais qualificados, o que se faz, apurando quem se saiu melhor e, evidentemente, respondeu corretamente às indagações postas. Quando isto não é observado, por capricho da banca, que se recusa a admitir que cometeu equívoco na atribuição da resposta, deve haver a revisão judicial.

A banca tem o dever de apreciar, motivadamente, as impugnações e recursos ofertados. É óbvio que existe uma preocupação em evitar que o Judiciário substitua os responsáveis pela seleção, o que atrasaria sobremaneira a conclusão do processo de escolha dos candidatos. Em contrapartida, há que se ter o cuidado necessário para garantir o tratamento isonômico entre os concorrentes. Mas não se pode compactuar com a manutenção do erro.

Registre-se que o direito dos examinandos a obter a nota efetivamente correspondente ao conhecimento por ele apresentado deve ser reconhecido não somente nas etapas em que formuladas questões objetivas, mas também quando se cuida das subjetivas. Isso porque a subjetividade não dispensa o

4 OSÓRIO, Fábio Medina. *Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, nº 13, abril maio, 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>

estabelecimento de parâmetros padronizados de correção. São elaborados espelhos a partir dos quais são indicados os aspectos que devem ser abordados pelo candidato, estipulando a respectiva pontuação. A partir dessas diretrizes, garante-se a isonomia entre os concorrentes.

Os avanços tecnológicos, ensejando a correção de provas com o emprego da inteligência artificial, não dispensam os responsáveis pelo processo seletivo da cautela em avaliar, com exatidão, os candidatos, o que pressupõe igual atenção na apreciação de suas impugnações e recursos, efetuando os ajustes pertinentes. Sabe-se que é difícil o Judiciário se posicionar neste assunto, sob pena de chamar para si um reexame de todos os questionamentos administrativamente formulados. Mas ele não pode se omitir. A lei não pode impedir o magistrado de se manifestar sobre um direito lesado ou ameaçado. E o Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição e, por consequência, também, das normas infraconstitucionais, igualmente não pode.

Logo, haverá ilegalidade e inconstitucionalidade sempre que a banca examinadora não motivar suas decisões ou quando a sua motivação não corresponder à realidade dos fatos. Se o edital estipula que só uma resposta está correta e aquela apontada pelo gabarito oficial não está, são patentes a ilegalidade e a inconstitucionalidade.

O Judiciário que promove o controle destes aspectos da atuação da banca examinadora não está a substituindo, corrigindo as provas em seu lugar, mas zelando para que o edital, o ordenamento jurídico como um todo e os princípios que regem a administração pública sejam efetivamente respeitados. O desafio consiste, contudo, em equilibrar a autonomia técnica da Administração com a exigência de respeito aos princípios constitucionais que estruturam o concurso público.

Outro tema que merece certa reflexão é a isonomia entre os candidatos. Ao admitir ao Judiciário a análise da vulneração ao edital, seja por contemplar a prova conteúdo nele não previsto, seja reputando como correta alternativa que não é, haverá repercussão na ordem de classificação, resultando, com frequência, em prejuízo a outros candidatos. A jurisprudência reputa prescindível a citação dos concorrentes como litisconsortes passivos necessários, no

entanto, seus interesses jurídicos são concretamente atingidos pela invalidação do ato da banca.

Também é interessante meditar sobre a diversidade de posicionamentos judiciais sobre a mesma matéria. Em concursos de abrangência nacional, é comum que candidatos proponham ações em diferentes unidades da federação, submetendo idênticas controvérsias a diversos juízos e tribunais. Por conseguinte, surgem decisões divergentes sobre a mesma pergunta ou sobre o mesmo critério de correção, o que pode produzir situações paradoxais: candidatos em contextos processuais distintos passam a usufruir de soluções jurídicas diferentes para um problema técnico idêntico.

Tudo isto precisa ser deliberado com a celeridade imposta pela própria dinâmica dos concursos públicos, face à urgência em prover as vagas que motivaram a sua realização.

Ao longo de sua atuação na magistratura federal, o Juiz Ubiratan contribuiu para a consolidação de uma jurisprudência comprometida com o acesso à justiça e a concretização dos princípios constitucionais. Sua postura firme, aliada à prudência e ao senso de equilíbrio, reforça a importância de um Judiciário atento não apenas à legalidade estrita, mas também à justiça das decisões.

Nesse contexto, a reflexão sobre os limites da atuação judicial em matéria de concursos públicos não pode ser dissociada da atuação de magistrados como o Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, cuja trajetória evidencia que a jurisdição deve ser exercida com independência, responsabilidade e compromisso com a verdade dos fatos.

Homenageá-lo, portanto, é reafirmar a necessidade de um Poder Judiciário vigilante, capaz de corrigir ilegalidades sem perder de vista os limites institucionais que lhe são próprios, sempre orientado pela Constituição e pelos valores que sustentam o Estado Democrático de Direito.

O PATRIMÔNIO CULTURAL DO MORRO DA CONCEIÇÃO E A POLÊMICA DA COR¹

*Francisco Antônio de Barros e Silva Neto*²
Mestre e Doutor em Direito (UFPE).
Professor Associado da Faculdade de Direito
do Recife (UFPE).
Juiz Federal em Pernambuco

RESUMO: O ensaio analisa a polêmica estabelecida a partir da alteração da cor da capela do Morro da Conceição, no Recife, na perspectiva do Direito do Patrimônio Cultural.

PALAVRAS-CHAVE: Patrimônio Cultural – Carta de Veneza – Alteração cromática.

ABSTRACT: *The essay analyzes the controversy arising from the change in the color of the chapel of Morro da Conceição, in Recife, from the perspective of Cultural Heritage Law.*

KEYWORDS: *Cultural Heritage – Charter of Venice – Color alteration.*

1 Este breve ensaio, com ares de crônica, foi escrito em homenagem ao Professor e Juiz Federal Ubiratan do Couto Maurício, decano da Seção Judiciária de Pernambuco. Ao mestre, a nossa gratidão e o nosso abraço fraterno.

2 Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Professor Associado da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Juiz Federal em Pernambuco.

1. A EXPOSIÇÃO DO CASO

O presente ensaio se destina a abordar uma polêmica ocorrida em 2025, no Morro da Conceição, na zona norte do município do Recife/PE.

O Morro da Conceição, uma das colinas que circundam a planície da cidade do Recife, adquiriu este nome no início do século XX, quando o então arcebispo metropolitano, Dom Raimundo Brito, encomendou uma imagem de Nossa Senhora da Conceição, em ferro fundido, a ser colocada no alto do então denominado Outeiro da Boa Vista, em comemoração aos cinquenta anos do dogma da Imaculada Conceição³.

Poucos anos depois, foi inaugurada no local uma pequena capela em estilo neogótico, com uma torre elevada, que chega a ser vista dos municípios vizinhos. Com o passar do tempo, a capela foi ampliada e recebeu um novo edifício, de paredes de vidro, sendo elevada à condição de Igreja Matriz e, posteriormente, ao *status* de Santuário.

Desde a sua entronização, a imagem foi venerada pelos fiéis da região e o seu culto deu origem a uma das maiores festas populares do Estado de Pernambuco, a Festa do Morro, sempre com início no final de novembro e término no dia 08 de dezembro, consagrado à Nossa Senhora. Embora a Virgem da Conceição não seja a padroeira oficial da capital pernambucana, a sua devoção movimenta um volume maior de pessoas que a orago, Nossa Senhora do Carmo, celebrada no mês de julho.

Sobretudo nos dias de festa, o Morro da Conceição é vestido com bandeiras e faixas nas cores azul e branca, que remetem ao manto radiante da Virgem. Entre os milhares de fiéis que comparecem ao local todos os anos – entre eles quem escreve estas linhas – também predominam os tons de azul e branco. É dizer: as cores fazem parte da tradição, da festa e do culto à Nossa Senhora da Conceição.

Em agosto de 2024, contudo, ocorreu uma tragédia no local. A estrutura física do Santuário colapsou, possivelmente devido ao peso das placas solares recentemente instaladas, e o seu telhado desabou sobre um grupo de pessoas

3 CAVALCANTI, Carlos Bezerra. *O Recife e seus bairros*. Recife: Câmara Municipal, 1998, p. 149.

que realizava a entrega de cestas básicas. A tragédia deixou inúmeros feridos, além de duas vítimas fatais.

Na sequência destes eventos, o Santuário foi reconstruído com recursos do Estado de Pernambuco e a imagem de Nossa Senhora da Conceição, assim como a torre da antiga capela, foram restauradas pela Prefeitura Municipal do Recife. A polêmica se deu em outubro de 2025, quando concluída a pintura da torre, substituindo-se o tom de azul por uma nova versão em tons de bege.

A alteração cromática dividiu a comunidade. Vários moradores suscitaram a descaracterização do imóvel, enquanto outros recordavam que a torre já havia sido pintada de outras cores no passado⁴.

Em nota pública, a Autarquia de Manutenção e Limpeza Urbana (Emlurb), da Prefeitura do Recife, responsável pela intervenção no imóvel, informou que a mudança não decorreu de uma decisão puramente estética, mas do resultado de um estudo técnico, que apurou as camadas de pintura originais da edificação, encontrando tonalidades mais próximas ao bege. O procedimento, portanto, teria sido orientado pelos “princípios de preservação histórica”⁵.

Como a área central do Morro da Conceição é qualificada como Imóvel Especial de Preservação (IEP), bem como a Festa do Morro é reconhecida pela Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco (Fundarpe) como patrimônio imaterial pernambucano, cumpre avaliar o caso a partir dos conceitos, diretrizes e ferramentas do Direito do Patrimônio Cultural.

2. O REGIME JURÍDICO DO TOMBAMENTO: ALGUMAS PREMISSAS NECESSÁRIAS AO DEBATE

O tombamento é um regime jurídico vocacionado à conservação do patrimônio cultural, regulado, no Brasil, inicialmente pelo Decreto-Lei n. 25, de 1937. É dizer: desde a década de 1930 assiste aos órgãos patrimoniais o encargo de selecionar os bens dotados de excepcional valor no campo históri-

4 <https://jc.uol.com.br/tv-jornal/videos/2025/10/17/mudanca-de-cor-no-santuاريو-do-morro-da-conceicao-gera-polêmica.html>

5 A nota pública consta em: <https://marcozero.org/morro-da-conceicao-sai-do-azul-para-o-bege-e-pintura-causa-discordia-na-comunidade/>

co e/ou artístico, submetendo-os a um regime protetivo, a fim de evitar a sua degradação e/ou destruição.

Com o advento da Constituição de 1988, novos elementos conceituais e operacionais foram acrescentados ao sistema de preservação do patrimônio cultural brasileiro. A principal inovação consistiu em se definir o universo de bens a serem protegidos a partir de sua “referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (art. 216).

Esta menção à “referência cultural”, entronizada pelo texto de 1988, cria uma relação entre determinados bens (tomados como referentes) e a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (como referidos)⁶. A cultura, portanto, é sempre algo “para quem” ou “diante de quem”: envolve um sistema de referências e significados, que transcende os elementos físicos e apenas existe em um contexto de inter-relações sociais, ponto fundamental para se compreender o regime jurídico em vigor.

Outra marca significativa da Constituição de 1988 foi a ênfase concedida à participação social no campo das políticas públicas culturais, dentre as quais se enquadram as pertinentes ao patrimônio. À luz do texto constitucional, o direito fundamental à cultura não se apresenta apenas como uma liberdade de pensamento, mas também como um direito de participação⁷, apto a condicionar as políticas do setor⁸.

Como adverte Marilena Chauí, não é lícito ao Estado se colocar “como centro de onde se define e se irradia a memória pois, ao fazê-lo, destrói a dinâmica e a diferenciação interna da memória social e política”⁹. Logo, a

6 DANTAS, Fabiana Santos. *Direito fundamental à memória*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 114. A noção de referência cultural, assim, é um “inequívoco reconhecimento de que o valor do bem não é intrínseco a ele” (CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. E Javé? In: CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Proposições para o patrimônio cultural*. Juiz de Fora: Funalfa, 2014, p. 59).

7 cf. SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36-37. Em sentido semelhante: ZANDONADE, Adriana. *O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.

8 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 39. Em sentido semelhante, CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 25.

9 CHAUI, Marilena. Política cultural, cultura política e patrimônio histórico. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). *O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992, p. 35.

atribuição de valor a determinado bem cultural, assim como a sua defesa e promoção, devem ser feitas em colaboração com a sociedade, sobretudo com os grupos nele referenciados¹⁰.

Em termos operacionais, esta premissa se desenvolve mediante vários eixos, como a participação social direta nos processos de patrimonialização, a representatividade adequada nos seus órgãos deliberativos e a possibilidade de recurso ao Judiciário, quer diante das decisões, quer em face das omissões dos órgãos administrativos¹¹.

Como os partícipes deste processo nem sempre estarão alinhados às posições oficiais, é possível que surjam pontos de tensão nesse contato¹². Diante desse cenário, não se pode eliminar o dissenso pelo caminho mais simples, que seria desqualificar as críticas e contribuições da sociedade “diante da fala autorizada do especialista”¹³. É dizer: o órgão técnico não pode atuar de modo “autossuficiente”¹⁴.

Por fim, urge afastar a ideia pela qual o tombamento seria destinado a tornar “imutável” o bem protegido. Como não se mostra possível deter o curso

10 PAIVA, Carlos Magno de Souza. *Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 94. Esta conclusão deflui do art. 216, §1º, da Constituição, bem como do seu art. 193, parágrafo único, incluído pela Emenda Constitucional n. 108, de 2020, e do caráter participativo do Sistema Nacional de Cultura.

11 Em sentido semelhante, RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 100.

12 Por exemplo, na restauração da Igreja Matriz de Pirenópolis/GO, após o incêndio de 2002, a comunidade pretendia a construção de uma réplica do altar-mor, com base na documentação fotográfica disponível, enquanto a equipe técnica do Iphan era refratária a esta medida, pois ela criaria um falso histórico. Logrou-se, ao final, uma solução consensual, aproveitando-se o “altar originário da Igreja de Nossa Senhora do Rosário dos Pretos, demolida muitos anos antes, que estava guardado na Igreja do Carmo” (LYRA, Cyro Corrêa. *Preservação do patrimônio edificado: a questão do uso*. Brasília: Iphan, 2016, p. 226).

13 SILVA, Olga Brites da. Memória, preservação e tradições populares. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). *O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania*. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992, p. 19. Em sentido semelhante, MENDONÇA, Sônia Regina de. Por uma sócio-história do Estado no Brasil. In: CHUVA, Márcia (org.). *A invenção do patrimônio: continuidade e ruptura na constituição de uma política oficial de preservação no Brasil*. Rio de Janeiro: Iphan, 1995, p. 78.

14 LIXINSKI, Lucas. Direito internacional da arte e do patrimônio cultural: estratégias de exclusão e inclusão. In: MAMEDE, Gladstone; FRANCA FILHO, Marcilio Toscano; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 212.

do tempo nem sustar os processos físicos, químicos, biológicos e sociais que afetam os bens culturais, este regime protetivo não se destina ao congelamento do seu objeto, mas a gerir os comportamentos humanos que repercutem sobre ele. Deste modo, a definição das diretrizes de preservação depende das peculiaridades de cada objeto e do seu respectivo contexto. Não há, em termos de eficácia, dois tombamentos idênticos entre si.

Como o Decreto-Lei n. 25, de 1937, silencia sobre as diretrizes a serem observadas durante os trabalhos de conservação e de restauração dos bens tombados, as equipes técnicas tendem a observar as recomendações estabelecidas nas chamadas “cartas patrimoniais”¹⁵, entre as quais a Carta de Veneza, aprovada ao longo do II Congresso Internacional de Arquitetos e de Técnicos de Monumentos Históricos, realizado em 1964.

A Carta de Veneza fixou diretrizes para a conservação do patrimônio, como a preservação *in situ*, ou seja, a sua permanência no local onde historicamente se encontra, inclusive no que diz respeito aos seus elementos de escultura, pintura e decoração, exceto quando o deslocamento for imprescindível para sua conservação (art. 7º). Recomendou a afetação dos bens protegidos a uma “função útil à sociedade”, que não prejudique a disposição e a decoração dos edifícios (art. 5º), bem como a conservação da sua “zona envolvente”, protegendo o enquadramento tradicional contra novas construções, demolições ou quaisquer outros arranjos suscetíveis de alterar as relações de volume e cor (art. 6º)¹⁶.

No que tange à restauração, a Carta de Veneza a considera uma atividade excepcional, destinada a preservar e revelar os valores estéticos e históricos do monumento, realizada à luz de documentos autênticos, com o respeito

15 As cartas patrimoniais são documentos que estabelecem conceitos e procedimentos pertinentes à seleção, conservação e restauração dos bens patrimoniais. Contêm, em geral, uma série de princípios e diretrizes e não propriamente um conjunto ordenado de regras (v. KÜHL, Beatriz Mugayar. Notas sobre a Carta de Veneza. *Anais do Museu Paulista*, São Paulo, v. 18, n. 2, jul./dez. 2010, p. 289). Dotadas de *soft power*, as cartas patrimoniais irradiam efeitos sobre os sistemas nacionais, dialogando com as suas normas internas (cf. HÄBERLE, Peter. La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo. Trad. Carlos Ruiz Miguel. *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 18, n. 54, set./dez. 1998, p. 17).

16 CONSELHO INTERNACIONAL DE MONUMENTOS E SÍTIOS. Carta de Veneza, de 1964. In: CURY, Isabel-le (org.). *Cartas patrimoniais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Iphan, 2004.

pelos materiais originais, vedadas as reconstituições conjecturais (art. 9º)¹⁷. Nesta perspectiva, não se busca recuperar a unidade do estilo, mas respeitar “os contributos válidos das diferentes épocas de construção” (art. 11º)¹⁸.

3. A QUESTÃO CROMÁTICA

As cores exercem diversas funções no contexto do patrimônio cultural. Não raramente ajudam na missão de identificar o objeto cultural, associando-o a uma determinada época e estilo, ou mesmo contribuem para narrar a sua “biografia”¹⁹. Também podem ser utilizadas como uma técnica para evidenciar – ou invisibilizar – um objeto ou parte dele, estabelecendo relações de diálogo ou pelo menos silenciando eventual ruído no mesmo ambiente²⁰.

Tomem-se como exemplo os fortes coloniais que guarneciam o litoral brasileiro, como os Fortes do Brum e das Cinco Pontes, na cidade do Recife/PE. Com exceção das áreas em que a pedra, utilizada como material construtivo, é deixada à vista, as demais paredes são habitualmente pintadas de branco. Permanece em uso, portanto, a mesma tinta à base de cal (óxido de cálcio) da época antiga, que além do baixo custo, atua sobre os agentes biológicos, como os fungos e líquens, evitando a camada escura de biofilme que degrada o patrimônio edificado. A sua cor branca é inerente à própria expressão “pedra e cal”, utilizada para descrever a metodologia construtiva destas fortificações²¹.

17 *Idem, ibidem.*

18 *Idem, ibidem.*

19 As próprias cores podem dispor de “biografias”, como a interessante história do azul: PASTOREAU, Michel. *Azul: historia de un color*. Trad. Núria Petit Fontserè. Barcelona: Paidós, 2010.

20 Fernando Machado Leal narra a anulação de possíveis ruídos visuais no entorno de bens tombados mediante o emprego de certas cores: “a cor preta faz com que o volume da edificação se dilua na paisagem. Foi essa uma das soluções preconizadas pelo arquiteto José de Sousa Reis para diminuir o efeito da construção erguida nas proximidades do convento de Santa Tereza no Rio de Janeiro, [...] com resultados satisfatórios” (*Restauração e conservação de monumentos brasileiros*. Recife: UFPE, 1977, p. 157).

21 Dito de outro modo, “a tendência de levantar muros de alvenaria inferior, que, cobertos de cal, mostram a pedraria somente nas molduras das portas e janelas e nas cimalkhas principais” (SMITH, Robert C. O caráter da arquitetura colonial do Nordeste. In: SMITH, Robert C. *Igrejas, casas e móveis: aspectos de arte colonial brasileira*. Recife: MEC, UFPE, Iphan, 1979, p. 25).

Causaria evidente incômodo se, em determinada intervenção, estas construções fossem pintadas de outras cores, ainda que sóbrias. Incide, neste caso, o que se convencionou chamar de “inércia icônica”: “o espectador reconhece o objeto como está acostumado a fazê-lo e qualquer alteração na sua forma lhe parece estranha ou inverídica (por exemplo, como nos pareceria estranho ver os templos gregos coloridos – como efetivamente eram no momento de sua criação, posto que nos acostumamos a vê-los brancos)”²².

Na vertente contrária, os próprios manuais do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional recomendam que os imóveis em estilo eclético sejam pintados “com variações de tonalidade”, de modo a se destacarem os seus elementos decorativos²³. A harmonia do conjunto, neste caso, é obtida a partir do contraste entre a cor predominante no fundo e o tom (ou os vários tons) utilizados para enfatizar os frontões, mascarões, jarros, flores e demais adornos postos nas fachadas. Um prédio eclético totalmente pintado de branco seria apático e, assim, destoaria da ambiência associada a este estilo arquitetônico.

Em outros casos, a identidade cromática faz parte da própria história do edifício. No Recife, por exemplo, o Teatro Santa Isabel é habitualmente pintado na cor rosa. Não um rosa qualquer: não se trata de um rosa pálido, como o utilizado nos quartos e desenhos infantis, nem um rosa vibrante, como o *pink*, de gosto duvidoso. Cuida-se de um rosa escuro: um rosa possivelmente inspirado, de fato, em uma rosa: o rosa imperial.

Esta cor dialoga com os traços neoclássicos das fachadas do teatro²⁴ e com as palmeiras, igualmente imperiais, que adornam o espaço público adjacente, o Campo das Princesas. Tudo, enfim, remete ao século XIX, quando a família real veio comandar o império a partir do Novo Mundo.

É verdade que o interior do teatro já recebeu decorações distintas, em outras expressões artísticas. As janelas arqueológicas – algumas deixadas pro-

22 CARSLADE, Flavio de Lemos. *A pedra e o tempo: arquitetura como patrimônio cultural*. Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 395.

23 WEISSHEIMER, Maria Regina et al. *Conservação preventiva de imóveis antigos em núcleos históricos*. Florianópolis: Iphan, 2020, p. 22

24 SOUSA, Alberto. *O classicismo arquitetônico no Recife imperial*. João Pessoa: UFPB, 2000, p. 69.

positalmente em aberto após a última reforma – acenam para os traços verdes e esguios de uma decoração em *art nouveau*. Contudo, nas suas fachadas predominou o estilo neoclássico e o rosa imperial. Neste caso, haveria um evidente incômodo se algum trabalho de reforma pretendesse levá-lo a um visual diferente, como ocorreu com o seu vizinho, o Palácio do Governo, cuja fachada foi refeita em estilo eclético no início do século passado²⁵.

Este incômodo causado pela inércia icônica ocorreu, por exemplo, na Rua do Bom Jesus, no antigo Bairro do Recife, em 2021. Os jornais noticiaram quando determinado imóvel, pertencente a uma faculdade particular, foi pintado de branco, com detalhes em azul, provocando ruídos na leitura do conjunto arquitetônico²⁶.

O logradouro é um dos mais antigos da cidade, um dos poucos cujo traçado original foi preservado pela reforma urbana que o Bairro do Recife sofreu no início do século XX²⁷. Entretanto, quando houve o tombamento do conjunto urbano, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, no final da década de 1990²⁸, as fachadas de vários imóveis já haviam sido alteradas ao longo do tempo. Ao lado de edifícios que preservaram os beirais e janelas no estilo colonial, outros adotaram o vocabulário neoclássico, com azulejos e platibandas, enquanto outros – talvez a maioria – passou ao estilo eclético, predominante naquele bairro após a mencionada reforma.

Este imóvel específico – cuja pintura despertou a discórdia – há décadas apresentava a mesma fachada em estilo moderno, com janelas em fita e detalhes horizontais em caixote. Contudo, a sua pintura – então desgastada – era em tons terrosos e neutros.

25 MENEZES, José Luiz Mota; CARNEIRO LEÃO, Reinaldo. *Campo das Princesas: o Palácio do Governo de Pernambuco*. Recife: Fundarpe, [s.d.], p. 29.

26 <https://www.folhape.com.br/noticias/rua-do-bom-jesus-predio-que-gerou-polemica-tem-fachada-moderna-ha/185853/>.

27 cf. LUBAMBO, Cátia Wanderley. *Bairro do Recife: entre o Corpo Santo e o marco zero*. Recife: Cepe, 1991, p. 89 ss.

28 cf. FALCÃO, Joaquim. *Antigo Bairro do Recife – PE / 1998*. In: REIS FILHO, Nestor Goulart; FINGER, Anna Elisa (orgs.). *Pareceres do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural: cidades históricas, conjuntos urbanísticos e arquitetônicos*, v. 1. Brasília: Iphan, 2016. p. 211-215

A “redescoberta” de sua diferença, contrastando com os beirais e platibandas da vizinhança, deu-se em função de suas novas cores. A escala cromática anterior – inclusive devido ao desgaste – atenuava as diferenças arquitetônicas, enquanto o branco, com os frisos azuis, passou a atrair o olhar para a horizontalidade dos volumes, ao ponto de algumas pessoas acreditarem que houve uma reconstrução no local, o que não ocorreu.

Embora a diversidade de estilos seja um diferencial da Rua do Bom Jesus e permita contar a história da cidade ao longo dos séculos, a pintura na cor branca causou um desnecessário ruído. Se é verdade que o tombamento não determina a restauração das características do imóvel, anteriores ao regime protetivo, deve funcionar ao menos como um norte na busca da harmonia do conjunto. E as cores exercem um papel importante nesta missão.

4. DE VOLTA AO CASO DO MORRO DA CONCEIÇÃO

Como dantes mencionado, a área central do Morro da Conceição é considerada um Imóvel Especial de Preservação (IEP), nos termos da lei municipal do Recife/PE. Nesta capital, vale registrar, a legislação não utiliza a mesma terminologia do âmbito federal (tombamento): “a proteção do patrimônio histórico-cultural municipal encontra guarida na instituição das ZPEHs [Zonas Especiais de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural] e também na possibilidade de classificação dos imóveis com importância histórica em IEPs [Imóveis Especiais de Preservação]”²⁹.

De todo modo, por força do art. 24, VII e §1º, da Constituição de 1988, acerca da competência legislativa comum, as normas gerais do Decreto-Lei n. 25, de 1937, são de observância obrigatória para os Estados e

29 CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. A função das limitações urbanísticas na proteção do patrimônio histórico-cultural: o caso das Zonas Especiais de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural – CEPH e dos Imóveis Especiais de Preservação – IEP no município do Recife. In: SOARES, Inês Virgínia; FARIAS, Talden (orgs.). *Patrimônio cultural e meio ambiente: direito, memória e sustentabilidade*. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 464.

municípios³⁰, ou seja, impõem-se a todos os regimes patrimoniais equivalentes, mesmo quando não utilizem a palavra tombamento. Além disso, o regime constitucional da matéria, com ênfase para o princípio da participação social, certamente é de observância obrigatória para todos os entes públicos.

Este empoderamento da comunidade também decorre do reconhecimento da Festa do Morro da Conceição como patrimônio imaterial de Pernambuco. Diferentemente dos bens culturais tangíveis, não cabe ao ente público atuar de modo coercitivo no que diz respeito ao patrimônio imaterial. Cumpre-lhe apenas selecionar as manifestações relevantes e proceder à salvaguarda dos bens registrados, mediante a anuência da comunidade. A política pública dos bens intangíveis, em resumo, é construída a partir das comunidades e com foco no território onde atuam³¹.

Fixadas estas premissas, o caso revela mais um episódio do estado de tensão que por vezes se estabelece entre os técnicos do patrimônio e a comunidade. Para o quadro técnico do órgão local, certamente se mostra relevante, após a prospecção, devolver ao templo determinadas características perdidas ao longo dos anos. Porém, não se trata de uma diretriz inerente ao sistema de preservação do patrimônio, menos ainda de uma solução imposta pelas práticas de restauração contemporaneamente em uso.

A restauração não tem por objetivo devolver o patrimônio aos seus primórdios, mas assegurar a sua legibilidade e a sua fruição pela comunidade. Se há, portanto, uma margem de deliberação sobre que elementos de cada período histórico devem ser mantidos ou suprimidos, por outro lado esta decisão deve ser realizada a partir do processo de escuta da comunidade, de modo a preservar a referência cultural.

30 Com efeito, “as regras básicas merecem [...] ser as mesmas para toda a nação, para que não se criem vários regimes jurídicos de proteção, uns até conflitantes com os outros” (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento: instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural. *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 563, p. 15-41, set. 1982, p. 22).

31 v. PELEGRINI, Sandra. Patrimônio imaterial. In: CARVALHO, Aline; MENEGUELLO, Cristina (orgs.). *Dicionário temático de patrimônio: debates contemporâneos*. Campinas: Unicamp, 2020. No mesmo sentido, PORTA, Paula. *Política de preservação do patrimônio cultural do Brasil: diretrizes, linhas de ação e resultados, 2000/2010*. Brasília: Iphan, Monumenta, 2012, p. 34.

É de se imaginar se durante os trabalhos de restauração da sede de um grande time de futebol se descobrisse que as cores originais do edifício não eram as de sua bandeira. Imagine-se acrescentar detalhes em preto à sede do Clube Náutico Capibaribe, para além do vermelho e branco da sua fachada, ou algo semelhante na Ilha do Retiro ou no Arruda. Certamente tal fato causaria uma comoção entre os sócios e demais torcedores do clube, mobilizando a sociedade como um todo.

No caso do Morro da Conceição, embora a cor bege esteja associada a outras festividades religiosas, como as devotadas a Nossa Senhora do Carmo ou a Santo Antônio, a polêmica ora em debate felizmente não se mostra capaz de despertar a mesma rivalidade, inerente à cultura do futebol. Nem por isso se pode concluir pela licitude da alteração cromática sofrida pela capela.

Entre a sua construção e o momento atual, assistiu-se ao crescimento do culto à Virgem da Conceição e as suas cores, azul e branco, fazem parte da tradição e da identidade daquele território. Não evocam apenas a paisagem, mas o imaginário do local.

Neste contexto há uma evidente diminuição – ou mesmo eliminação – do gradiente de discricionariedade da equipe técnica, mormente quando não foi ouvida a comunidade, e o mero recurso à prospecção arqueológica não se mostra apto a justificar a alteração.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. E Javé? In: CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. **Proposições para o patrimônio cultural**. Juiz de Fora: Funalfa, 2014. p. 55-81.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. **Percepção do intangível: entre genealogias e apropriações do patrimônio cultural imaterial**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CARSALADE, Flavio de Lemos. **A pedra e o tempo: arquitetura como patrimônio cultural**. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

CAVALCANTI, Carlos Bezerra. **O Recife e seus bairros**. Recife: Câmara Municipal do Recife, 1998.

CAVALCANTI, Eugênia Giovanna Simões Inácio. A função das limitações urbanísticas na proteção do patrimônio histórico-cultural: o caso das Zonas Especiais de Preservação do Patrimônio Histórico-Cultural (ZEPH) e dos Imóveis Especiais de Preservação (IEP) no município do Recife. In: SOARES, Inês Virgínia; FARIAS, Talden (org.). **Patrimônio cultural e meio ambiente: direito, memória e sustentabilidade**. São Paulo: Juspodivm, 2025. p. 455-470.

CHAUÍ, Marilena. Política cultural, cultura política e patrimônio histórico. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). **O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 37-46.

CONSELHO INTERNACIONAL DE MONUMENTOS E SÍTIOS. Carta de Veneza, de 1964. In: CURY, Isabelle (org.). **Cartas patrimoniais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Iphan, 2004. p. 91-95.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

FALCÃO, Joaquim. Antigo Bairro do Recife – PE / 1998. In: REIS FILHO, Nestor Goulart; FINGER, Anna Elisa (org.). **Pareceres do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural: cidades históricas, conjuntos urbanísticos e arquitetônicos**. v. 1. Brasília: Iphan, 2016. p. 211-215.

HÄBERLE, Peter. La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo. Tradução de Carlos Ruiz Miguel. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 18, n. 54, p. 11-38, set./dez. 1998.

KÜHL, Beatriz Mugayar. Notas sobre a Carta de Veneza. **Anais do Museu Paulista**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 287-320, jul./dez. 2010.

LEAL, Fernando Machado. **Restauração e conservação de monumentos brasileiros**. Recife: UFPE, 1977.

LIXINSKI, Lucas. Direito internacional da arte e do patrimônio cultural: estratégias de exclusão e inclusão. In: MAMEDE, Gladstone; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (org.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 209-235.

LUBAMBO, Cátia Wanderley. **Bairro do Recife: entre o Corpo Santo e o Marco Zero**. Recife: Cepe, 1991.

LYRA, Cyro Corrêa. **Preservação do patrimônio edificado: a questão do uso**. Brasília: Iphan, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Tombamento: instrumento jurídico de proteção do patrimônio natural e cultural. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 563, p. 15-41, set. 1982.

MENDONÇA, Sônia Regina de. Por uma sócio-história do Estado no Brasil. In: CHUVA, Márcia (org.). **A invenção do patrimônio: continuidade e ruptura na constituição de uma política oficial de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro: Iphan, 1995. p. 67-80.

MENEZES, José Luiz Mota; CARNEIRO LEÃO, Reinaldo. **Campo das Princesas: o Palácio do Governo de Pernambuco**. Recife: Fundarpe, [s.d.].

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **Direito do patrimônio cultural: autonomia e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2015.

PASTOREAU, Michel. **Azul: historia de un color**. Tradução de Núria Petit Fontserè. Barcelona: Paidós, 2010.

PELEGRI, Sandra. Patrimônio imaterial. In: CARVALHO, Aline; MENEGUELLO, Cristina (org.). **Dicionário temático de patrimônio: debates contemporâneos**. Campinas: Unicamp, 2020. p. 71-73.

PORTA, Paula. **Política de preservação do patrimônio cultural do Brasil: diretrizes, linhas de ação e resultados, 2000-2010**. Brasília: Iphan; Monumenta, 2012.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 89-112.

SILVA, Olga Brites da. Memória, preservação e tradições populares. In: CUNHA, Maria Clementina Pereira (org.). **O direito à memória: patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 17-20.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

SMITH, Robert C. O caráter da arquitetura colonial do Nordeste. In: SMITH, Robert C. **Igrejas, casas e móveis: aspectos de arte colonial brasileira**. Recife: MEC; UFPE; Iphan, 1979. p. 23-40.

SOUSA, Alberto. **O classicismo arquitetônico no Recife imperial**. João Pessoa: UFPB, 2000.

WEISSHEIMER, Maria Regina *et al.* **Conservação preventiva de imóveis antigos em núcleos históricos**. Florianópolis: Iphan, 2020.

ZANDONADE, Adriana. **O tombamento à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

Matérias publicadas em jornais:

<https://jc.uol.com.br/tv-jornal/videos/2025/10/17/mudanca-de-cor-no-santuario-do-morro-da-conceicao-gera-polemica.html>

<https://marcozero.org/morro-da-conceicao-sai-do-azul-para-o-bege-e-pintura-causa-discordia-na-comunidade/>

<https://www.folhape.com.br/noticias/rua-do-bom-jesus-predio-que-gerou-polemica-tem-fachada-moderna-ha/185853/>

ANÁLISE CRÍTICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, LONGEVO E INEFICIENTE, RETRATO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS CRISTALIZADAS

*Francisco de Queiroz B. Cavalcanti*¹
Professor titular da Faculdade de Direito da UFPE
Desembargador Federal Aposentado
Doutor em Direito.

*Texto dedicado a um notável processualista
e ser humano – UBIRATAN DO COUTO
MAURICIO*

*Os textos de maturidade devem ser mais reflexivos, mais fruto
de conhecimento e meditações acumuladas, desprezando a ne-
cessidade jovial de demonstração de leituras, conhecimentos
de línguas e autores alienígenas. Deve ser mais o bolo prepa-
rado que a exposição de ingredientes. É isso que aqui se tentou
produzir.*

O tema proposto é o processo civil, como segmento do universo jurídico e a necessidade de seu aprimoramento. Nessa linha, muitos buscam fundar-se nas estacas fluídas dos princípios, quiçá dos princípios constitucionais, outros, em notáveis juristas, outros em jurisprudência consolidada dos “tribunais superiores”, como oráculos do direito aplicado e aplicável. Em verdade, essas linhas de raciocínio e de produção reproduzem aquilo que pode ser identificado como

1 Professor titular da Faculdade de Direito da UFPE / desembargador federal aposentado/ doutor em direito.

a **visão do relojoeiro**, com suas lentes, se debruçando sobre os aparelhos aferidores do tempo e olvidando o conjunto maior em seu entorno.

O Direito, tal qual o tem sido hodiernamente concebido, mormente nas socio-democracias do modelo europeu ocidental pauta-se em “*princípios fundamentais*”, tais como liberdade, legitimidade, procedimentalização das vidas, tentativa de respeito às intimidades etc.² No mundo real, entretanto, não se deve olvidar que essas democracias, têm muitas vezes maior carga de formalidade que de realidade. Os princípios funcionam como seres que se adaptam a situações, por vezes bem contraditórias.

O exemplo brasileiro é bem próprio, com relativizações e abrandamentos, no mundo “real”, do princípio da igualdade, dentre outros, que não seria rigorosamente compatível com situações como de foro especial, utilização diferenciada, *faticamente constatada*, da súmula das algemas³, dentre outras situações, demonstrando no mundo *real*, onde se vive, a existência de tratamentos dife-

2 Não se deve esquecer entretanto, o crescente de autoritarismos, como do Governo Central dos EUA, praticando atos contrários à liberdade, ao respeito às minorias, à autodeterminação dos povos, postura essa presente no agir de Estados como a Rússia e a China, numa divisão do mundo em áreas de influência de “três impérios”.

3 Críticos do sistema de justiça criminal apontam que a Súmula falha na sua universalidade e que a lei não é aplicada da mesma forma para todos:

Dignidade: O uso desnecessário fere o princípio da presunção de inocência e expõe o cidadão a constrangimento ilegal.

Seletividade -População Negra e Periférica: Há um padrão histórico e estatístico de uso rotineiro, por vezes vexatório e desnecessário, de algemas em abordagens e prisões de indivíduos dessas parcelas da população, mesmo quando não oferecem risco ou resistência.

Crimes de “Colarinho Branco”: Em contraste, é comum observar investigados e acusados de corrupção ou crimes financeiros de classe alta sendo conduzidos sem algemas, mesmo respondendo a mandados de prisão preventiva, o que levanta debates sobre a violação do princípio da isonomia.

Consequências da Desigualdade

Essa discrepância no tratamento gera graves consequências para o sistema de justiça:

Violação da Dignidade Penal: Reflete o viés estrutural do sistema de justiça, onde a presunção de periculosidade é antecipada com base no perfil racial e socioeconômico do suspeito.

Falta de Punição: A responsabilização dos agentes por uso injustificado, conforme previsto pelo STF, raramente é efetivada na prática, resultando na banalização da medida.

Para se aprofundar nos debates jurídicos e nas críticas sociais sobre o tema, consulte a análise disponibilizada pelo portal [Fórum Brasileiro de Segurança Pública](https://forumbrasil.org.br/seguranca-publica) ou o texto integral e as hipóteses de aplicação da Súmula Vinculante 11 diretamente no portal do Supremo Tribunal Federal.

renciados, ao arrepio da previsão do art. 5º da CF/88, no sentido que todos são iguais perante a lei, que a todos é assegurada a ampla defesa e o contraditório...

Nesse contexto, de qualquer sorte, evoluíram o direito processual, civil, penal, administrativo, com todas as suas ramificações, sendo enaltecidas as raízes pós Constituição de 1988

Nessa sequência, entra em vigor o C.P.C hoje vigente, apresentado como um “grande avanço”, sem dúvida, mais teórico que real, pois a sociedade para a qual se destinou, mantém-se firmemente inerte e seu topo, pouco propensa a mudanças efetivas: muito desigual, muito cristalizada, não tendo aqueles que tutelam seus destinos macro interesses, apenas aqueles micro interesses de suas efetivas conveniências.

Sobre esse tema fiz, juntamente com Artur Cavalcanti⁴, reflexões sobre o CPC que entendo pertinentes e muitas vezes olvidadas, que aqui reproduzo parcialmente, destacando que no patamar do desenvolvimento científico e de ramos de conhecimento de cientificidade duvidosa, como o Direito, pouco se acresce, mas sempre é possível ver algo de novo, alguma forma ou fórmula, diferenciada. Aqui se tem essa ousada pretensão, mostrar que o hermetismo do Direito, sobretudo da visão acadêmica do Direito, nem sempre, ou quase nunca, alcança os elevados fins propostos. É necessário ter uma visão mais interdisciplinar em havendo efetiva pretensão de mudança, sob pena de as soluções jurídicas se tornarem paulatinamente obsoletas.

No mundo jurídico, a miopia acerca do entorno fático, o “jurídico-centrismo”, é uma realidade lamentável, que leva muitas vezes ao desvalor do Direito como instrumento capaz de influenciar na melhoria da sociedade, na construção e consolidação de direitos fundamentais.⁵

Em uma sociedade profundamente desigual, como a brasileira,⁶ como a concentração de renda é muito alta e a capacidade de influir na elaboração das

4 CAVALCANTI, Francisco; CAVALCANTI, Artur. O novo código de processo civil. Reflexões sobre um equívoco. Belo Horizonte: ed fórum, 2020. p18/20

5 CAVALCANTI, Francisco; CAVALCANTI, Artur. O novo código de processo civil. Reflexões sobre um equívoco. Belo Horizonte: ed fórum, 2020. p18/20

6 Consulte-se, também : Relatório de Desenvolvimento Humano de 2019, intitulado “Além da renda, além das métricas, além do hoje: desigualdades no desenvolvimento humano no século XXI”. [<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2019/condicoes-de-partida-podem-determinar-desigualdades-no-futuro--r.html>.]

normas jurídicas pelos grupos encastelados lá no topo da pirâmide é muito maior, naturalmente, que a daqueles que estão na base, o resultado é que o ordenamento jurídico quase sempre funciona como mecanismo de contenção e não de reforma da sociedade.⁷

Aqui se pretende desenvolver um breve estudo ou pelo menos apresentar um conjunto de reflexões acerca do processo civil brasileiro, mas, não numa “microdogmática”, descrevendo o instrumental nele inserido, e sim a partir de uma macrovisão desse texto, procurando delinear alguns de seus traços, sobretudo principiológicos, e tentando apontar seu relativo insucesso como instrumento de pacificação social, procurando demonstrar que, sem uma visão do mundo real, injusto e desigual, onde muitas vezes dissimuladas soluções jurídicas se escondem, não há como se ter um aprimoramento do texto processual civil geral. Ressalte-se ser essa distorção, o grande equívoco da maioria dos processualistas – *vislumbra o mundo a partir do processo e não entendem o processo a partir da realidade social*.

Em verdade, essas são reflexões a partir da experiência jurídica. Como se verá, ou, ao menos se tentará demonstrar, aqui. Muitas soluções jurídicas hoje existentes servem, eficientemente, para, dissimuladamente, amparar e proteger aqueles já melhor aquinhoados, social e economicamente, deixando o grande contingente da população no “SUS-JUDICIÁRIO”.⁸ Entenda-se, com a remessa dos mais desvalidos para uma estrutura judiciária anacrônica, obsoleta, sem demérito para os seus integrantes. Muitas vezes formas antigas são restauradas com novas roupagens. Pode-se exemplificar com a extinção

7 Poder-se-iam citar muitos exemplos. A Constituição Federal prevê a desapropriação “da grande propriedade improdutiva”, para fins de reforma agrária, os requisitos para que tal ocorra e o centralismo da competência na União Federal fazem com que, na prática, tal previsão funcione como um conjunto “quase vazio”. Outro exemplo é o da proteção ao meio ambiente, inserido no art. 170, da Constituição Federal, como princípio da Ordem Econômica, com efetividade mitigada por uma legislação desconstrutiva, como se observou com a edição do “Novo Código Florestal – Lei nº 12.651, de 25.05.2012), e também pelas estruturas deficientes de entes responsáveis pela proteção ambiental federal, como o IBAMA e o ICMBIOS.

8 Nota: sem qualquer referência depreciativa ao sistema SUS de saúde, que, fruto da universalidade do acesso à saúde constitucionalmente previsto, não tem condições de atender aos enormes contingentes populacionais que procuram as unidades de saúde, tal como ocorre com os milhões que batem à porta do Judiciário e esperam por cerca de oito anos (dados do CNJ) a tardia satisfação de seus direitos e pretensões.

dos Tribunais de Alçada pela Constituição de 1988 e o surgimento de cortes de alçada como as Turmas recursais dos Juizados Especiais.

O processo civil deve ser idealmente imaginado como um instrumento para a pacificação social, para a solução de conflitos, ao lado de formas ou fórmulas alternativas e complementares de composição, como a mediação e a arbitragem. Nesse contexto, há a necessidade de celeridade, justiça e eficiência, o que, comprovadamente, não se obteve com o “Novo CPC”. Os Relatórios Estatísticos do CNJ demonstram tal fato.

Ideias de processo como arena para vitórias e derrotas nem sempre, ou quase nunca, são as mais adequadas para a sociedade hodierna, para as gerações atuais e, sobretudo, as futuras. A pacificação de conflitos é, usualmente, o melhor caminho. Soluções de instância única, como as *arbitragens*, já utilizadas nos conflitos com grande interesse econômico, poderiam ser aperfeiçoadas, partindo-se, inclusive, do princípio da isonomia.

O reconhecimento da Administração Pública, como uma parte, sem regalias, que deveria ser, o mais possível, tratada nas lides processuais⁹ com igualdade em relação às demais partes, muitas delas com muito menor arsenal jurídico para litigar em Juízo, é um dos aspectos que mereceriam ter tido melhor tratamento na legislação processual implantada. Em países como a Grã-Bretanha já se evoluiu bastante nessa trilha.

Por outro lado, as construções doutrinárias que embasaram os inspiradores do novo CPC foram feitas, sobretudo, com base em processos do passado, lançados em plataformas físicas, imobilizantes, sem as agilidades do processo digital. A interdisciplinaridade deveria ter estado mais presente na construção do texto.

Não é difícil concluir que a construção do Novo CPC, fora outros equívocos, pecou pela limitada visão de futuro de um modelo que não deve ser dos antigos padrões escritos digitalizados, mas de uma visão compatível, inclusive, com o acesso simultâneo dos autos a ambas as partes, com a redu-

9 Nota: a contrariedade a esse posicionamento seria invocar-se, de pronto, o *interesse público* que estaria a amparar as ações do Estado. A assertiva é superficial, até tola, quando tal não se invoca, por isonomia nos grandes conflitos arbitrais; e, quando se pode, no mundo fático, constatar que a estrutura jurídica das procuradorias públicas tem, efetivamente, muito mais condições de bem defender os interesses estatais que os advogados contratados pela maior parte da população brasileira.

ção de prazos à “pre-ordenação” dos atos procedimentais, tal como ocorre nas mais organizadas arbitragens.

Sabe-se, por óbvio, que a ciência processual em geral, civil, criminal e administrativa, evoluiu substancialmente no século XX, ganhou autonomia científica¹⁰ e tornou-se com as ações coletivas, com as *class actions*, sobretudo no início do século XXI, relevante instrumento de pacificação social. Mas sabido é que o desenvolvimento da ciência processual não é fim em si mesmo.

Essas ações coletivas precisariam ser mais bem *tratadas*, pois, recentemente, tem-se constatado que suas más utilizações têm servido para prejudicar, mais que servir de amparo, em se tratando de direitos individuais homogêneos, como em grandes desastres ambientais, onde, por vezes, ações de legitimados extraordinários têm mitigado direitos básicos, flagelados por grandes violações.

O processo é instrumental, sem pretender restaurar a velha dicotomia do direito adjetivo e do direito material, como todo o direito, em última análise o é, seu aperfeiçoamento está condicionado a uma série de fatores, muitos dos quais não jurídicos.¹¹ O processo deve ter hodiernamente um papel como instrumento de solução rápida, justa e eficaz de conflito, é como se destaca na exposição de motivos da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola:

el derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad de Justicia Civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva

10 Não se pode olvidar a teoria da ação desenvolvida por Adolf Wach, a partir da qual o Direito Processual ganhou autonomia, afastando-se da ideia de que a cada “direito material” corresponderia um direito de ação.

11 Em verdade, vários dos aperfeiçoamentos do sistema processual só foram possíveis através do uso densificado das evoluções da informática e da utilização das redes de computadores. P.E.: As comunicações (notificações / intimações e citações eletrônicas); os precatórios eletrônicos, hoje utilizados como instrumento regular para o pagamento dos débitos fora da alçada dos RPVs, inclusive com a possibilidade de pagamento em qualquer agência dos respectivos bancos pagadores (Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil).

Constata-se, sem dúvida, que com a ampliação de vias interdisciplinares, com a agregação de conhecimentos de outras ciências, como a informática e a estatística, será mais fácil evoluir nas soluções de conflitos, inclusive com a utilização de novos equipamentos de inteligência artificial, aptos a apresentar soluções a partir das inúmeras questões similares já arquivadas e processadas. Os *algoritmos* matemáticos, utilizados por meio da informática, representarão um grande instrumento nas futuras soluções de conflitos (vide: cyber.harvard.edu: AL: algorithms and Justice – Chris Bavitz).

*significa, por consubstancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales. Por tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta. Mucho más cercana en el tempo a las demandas de tutela, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos.*¹²

O texto da Constituição Espanhola (art. 24) viria a influenciar a inserção na Constituição brasileira do princípio da **razoável duração do processo**.¹³ Princípio esse que, infelizmente, não alcançou “**razoável nível de concretude**” no Brasil.¹⁴ No período pós Emenda Constitucional nº 45, não se consta-

12 AROCA, Juan Montero; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 55.

13 Constituição espanhola: (...) 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizarlos medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Texto original em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa>.

14 Merece consulta o V Relatório Supremo em Números – O Foro Privilegiado e o Supremo.pdf (2.754Mb), que tem como autores: FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira (disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18097>), em que se verifica a quase absoluta inoperância da Suprema Corte brasileira em termos de exercício da competência anômala referente a ações penais originárias. O STF, em patente reconhecimento de sua inoperância nessa matéria, talvez pelo acúmulo de atribuições, talvez pelo uso político dessa espada de Dâmocles sobre detentores de poder, tem dado, recentemente, mesmo sem alteração do texto constitucional, interpretação restritiva sobre o foro privilegiado. Nesse sentido observe-se a posição firmada pela Corte, na Ação Penal nº 937, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o foro por prerrogativa de função conferido aos deputados federais e senadores se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. A decisão foi tomada na sessão desta quinta-feira (3) no julgamento de questão de ordem na Ação Penal (AP) 937. O entendimento deve ser aplicado aos processos em curso, ficando resguardados os atos e as decisões do STF – e dos juízes de outras instâncias – tomados com base na jurisprudência anterior, assentada na questão de ordem no Inquérito (INQ) 687.

tou (ainda) qualquer alteração significativa, permanecendo tal quadro mesmo após o advento do novo CPC, em relação ao aprimoramento do processo civil brasileiro [o que se constata a partir do exame dos dados estatísticos do CNJ]

Nem sempre as grandes teorizações acadêmicas são as mais adequadas para o processo, mormente quando se utiliza, corriqueiramente, inspirações de modelos alienígenas, sem adequada pertinência com a realidade brasileira. Mais relevante seria, repita-se, a existência de construções mais efetivamente trabalhadas, inclusive a partir de estudos interdisciplinares, para que o processo, civil e também o penal, no Brasil, alcançasse razoável nível de celeridade e de efetividade.

Richard Posner, ilustre acadêmico e Juiz de 2º grau em Corte Federal norte-americana, bem destaca, em sua obra *Divergent Paths – the Academy and the Judiciary*¹⁵ as distâncias entre as refregas acadêmicas e as melhores

Prevaleceu no julgamento o voto do relator da questão de ordem na AP 937, ministro Luís Roberto Barroso, que estabeleceu ainda que, após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. Seguiram integralmente o voto do relator as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, presidente da Corte, e os ministros Edson Fachin, Luiz Fux e Celso de Mello. O ministro Marco Aurélio também acompanhou em parte o voto do relator, mas divergiu no ponto em que chamou de “perpetuação do foro”. Para ele, caso a autoridade deixe o cargo, a prerrogativa cessa e o processo-crime permanece, em definitivo, na primeira instância da Justiça. Ficaram parcialmente vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que reconheciam a competência do STF para julgamento de parlamentares federais nas infrações penais comuns, após a diplomação, independentemente de ligadas ou não ao exercício do mandato. E ainda os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que deram maior extensão à matéria e fixaram também a competência de foro prevista na Constituição Federal, para os demais cargos, exclusivamente para crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/> – julg. em 03.05.2018). Observe-se o trecho da ementa do citado acórdão que inclusive destaca o caráter criativo da jurisprudência do STF e sua intenção restritiva:

Acórdão:

Conclusão

6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. (Ementa Acórdão 03.05.2018 PLENÁRIO QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 937 RIO DE JANEIRO – <http://portal.stf.jus.br/processos/>). Ementa e acórdão.

15 POSNER, Richard A. *Divergent Paths – The Academy and the Judiciary*. Cambridge\ Massachusetts \ London: Harvard University Press (2016), onde o autor, destacado acadêmico e juiz de um Tribunal Federal norte-americano de 2º grau (“Judge of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit in Chicago from 1981 until 2017”),

soluções para as árduas disputas processuais; entre aquilo que diuturnamente se leciona nas academias e as lides forenses e suas soluções. É a sensível diferença ressaltada por Posner entre o “direito “ das academias e o decorrente das decisões judiciais.

Tais distanciamentos foram marcantes no novo CPC, onde se constatou, e aqui se tentará demonstrar, a existência de um academicismo pouco prático, ao lado de um marcante e preponderante interesse dos advogados, dos grupos que os inspiraram, vários dos quais funcionaram nas assessorias do Congresso Nacional, com posicionamentos divergentes em muitos casos, levando o texto a um fracionamento digno da obra de Mary Shelley¹⁶, isso, evidentemente, sem qualquer crítica pessoal aos honrados doutrinadores que contribuíram para o Código, apenas antecipando-se que, diferentemente do Código “Buzaid”, que tinha uma marcante linha de conduta (concorde-se ou não com o viés) e mesmo o anterior de 1939, o novo CPC parece uma colcha de retalhos, ao estilo das antigas costureiras que aproveitavam retalhos dos mais variados matizes.

O que aqui se busca é exatamente analisar até que ponto o incremento do academicismo, a ampliação da principiologia, no processo civil brasileiro, sobretudo a partir do recente CPC, fruto da árvore constitucional de 1988, guarda-chuva, dirigente e interventora (em excesso), tem contribuído e contribuirá para o aprimoramento desse relevante campo do Direito, reduzindo, inclusive, as inseguranças nas relações sociais, econômicas e até nas pretensões de investimentos, inclusive externos, sempre dependentes de uma base social estável.¹⁷

examina com maestria essa “troubled relationship” entre a Academia e o Judiciário, podendo-se, em verdade, expandir o conflito para a Academia X o mundo dos operadores do Direito.

16 SHELLEY, Mary. *Frankstein*. Zahar editora (2017), dentre tantas outras traduções: onde se vislumbram os efeitos de uma montagem a partir de vários corpos, com pregação do princípio da razoável duração do processo e ampliação de prazos. Com a preservação de estruturas procedimentais típicas da época do processo físico, em tempos de processo digital. Com a pregação do princípio da cooperação sem ampliação de seus instrumentos...

17 Observe-se como exemplo o que ocorre em relação aos *planos de saúde*: “sempre se considerou que o juiz deve estar vinculado a critérios positivos previamente estabelecidos. Dir-se-ia que existe como que um temor social à liberdade absoluta dos juízes; que os grupos humanos não suportam a ideia de que suas relações jurídicas, seus atos, suas pessoas e seus bens possam estar entregues a uma sorte de discricionariedade caprichosa da parte daqueles sujeitos encarregados de julgar, em nome do Estado, conflitos intersubjetivos qualificados juridicamente” (ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. *O órgão jurisdicional e sua função*. Estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21/22). UNIVERSIDADE DE MARÍLIA – UNIMAR FACULDADE DE

As estatísticas do CNJ, melhor fonte de consulta existente no Brasil, sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro demonstram o marasmo no andamento dos processos judiciais.¹⁸ Análise isenta, fria, a partir dos dados existentes demonstra quão pouco se alterou a funcionalidade dos processos civis, com o “Novo CPC”.¹⁹

Seguem algumas reflexões sobre o processo civil brasileiro em seu estágio atual.

A primeira delas é sobre o tema- **o tempo do processo**. Enquanto na sociedade, no mundo fático os fatos são avaliados em rapidez de horas, de minutos, de segundos, o processo se arrasta por dias, meses, anos a fio, para tal, basta verificar os dados estatísticos do CNJ. Por vezes e não poucas, o objeto do processo se esvai. Modernizações ocorreriam se o sistema processual brasileiro, possibilitasse a elaboração de provas em sistema extra processo judicial, por exemplo, possibilitando que as partes em procedimento, p.e., perante Cartórios de títulos e documentos, ou em Câmaras como as arbitrais, realizassem instruções, judicializando apenas as fases e julgamento. Evolução ocorreria com a redução dos recursos para Órgãos Superiores, julgadores nacionais [como os tribunais superiores] que se tornam *senhores da verdade*, ou das verdades, com fluidez de interpretações ao longo do tempo, como se

DIREITO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM SEGURANÇA JURÍDICA NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE NO BRASIL – 2007, p. 81.

18 Tal se constata dos relatórios denominados JUSTIÇA EM NÚMEROS (os completos ou mesmo os sumários executivos publicados pelo CNJ. Pex.: RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS 2016, 2017, 2018 e 2019 publicados eletronicamente no *site* do CNJ, de onde se extrai dados relevantes:

O estoque de processos pendentes ao final de 2018, em todos os órgãos do Poder Judiciário, foi de 78.691.031 ações em andamento, com redução de apenas 1,2 % em relação a 2017... por segmento de Justiça destaca-se a redução de 861.000 processos ingressados na Justiça do Trabalho (*Nota.: o que se explica pela reforma trabalhista de 2017, que impôs o “ônus de sucumbência” a reclamantes vencidos no Judiciário Trabalhista, desestimulando ajuizamentos*). Já o número de execuções fiscais caiu apenas 0,4% (vide: www.cnj.jus.br). Mesmo assim, alguns dados outros, constantes do mesmo Relatório de 2019 demonstram que “no juízo comum, o tempo de julgamento, em 1º grau, na Justiça Federal é de um ano e dez meses e na justiça Estadual de dois anos e dois meses, enquanto a execução é a fase mais demorada: são necessários, em média cinco anos e onze meses para dar baixa em um caso em execução e, assim, dar fim ao processo”. Nota: somando-se em média 2 anos e 2 meses (cognição) + 5 anos e 11 meses – execução = 8 anos e 1 mês entre o ajuizamento e aplicação do direito. O prazo é inaceitável, ocorrente, mesmo cinco anos após a entrada em vigor do Novo CPC, o que demonstra este pouco ter influenciado na longevidade dos feitos.

19 CAVALCANTI, Francisco; CAVALCANTI, Artur. O novo código de processo civil. Reflexões sobre um equívoco. Belo Horizonte: ed fórum, 2020..p8/20.

observa do Colendo STF, com oscilações interpretativas ao sabor de composições.²⁰ Ou pretensões do STF de não aplicar a ele regramentos limitadores e garantidores como os referentes ao perfil dos inquéritos policiais e suas limitações. Destaque-se que Outro elemento relevante, para o aumento da subjetividade, foi, sem dúvida, a hipertrofia da espécie de norma do tipo *princípio*. Sobre ele já nos manifestamos:

“as balizas principiológicas ganham cada vez mais fôlego nos julgamentos dos Tribunais, a partir do Supremo Tribunal Federal. Por vezes, se sente que, tais invocações, servem também, para fazer prevalecer soluções, com inspirações metajurídicas, afastando regras de pertinência bem palpável. Poderia repetir uma lição de um velho professor que dizia “princípio é feito chazinho, utilizado para muitos males”. Nesse sentido, a título de exemplo, poder-se-ia, aqui citar a pluralidade de interpretações dadas a vários institutos, atos jurídicos etc., pelo Colendo Supremo Tribunal Federal. Quantos sentidos o STF já atribuiu ao princípio da razoabilidade? quantas prevalências, ou não aquele Corte fixou nas ponderações de princípios? Para tal, basta consulta à jurisprudência daquela Corte, mesmo se desprezando as tão frequentes e inconstantes decisões singulares, sem dúvida um dos maiores males daquela honrada Casa. Poder-se-ia citar como singelo exemplo, a postura daquela Corte nos últimos anos sobre a prisão de acusados após condenação em segundo grau. A Corte, infelizmente tem, hodiernamente, um viés político extremamente aguçado e, por vezes, preponderando sobre o estritamente jurídico, gerando insegurança e instabilidade.”²¹

Merece referência sobre a aplicação de princípios aspecto relevante objeto de precisa análise de Thiago BOMFIM que apesar de destacar e enaltecer a relevância dos *princípios constitucionais* reconhece da existência de *discrepância entre o tratamento acadêmico, conferido aos princípios e o tratado pela jurisprudência*.²²

20 Destaque-se, por exemplo, a questão da interpretação acerca da prisão após condenação em 2º grau; ou a questão referente ao foro especial.

21 CAVALCANTI, Francisco; CAVALCANTI, Artur. Obra citada, p.42.

22 BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os princípios constitucionais e sua força normativa. Análise da prática jurisprudencial. Salvador: Jus Podium, 2008.p. 79

A Constituição de 1988, com suas emendas, transformou o STF em uma Corte com poderes hipertrofiados, quer no campo do controle de constitucionalidade, quer no tocante a competências outras, praticamente livre de controles externos; e, ainda com o gravíssimo problema das atuações individuais raramente sujeitas ao crivo, criando um sistema de *verdadeiro shogunato*²³ [antigo sistema feudal japonês]. Tal hipertrofia densifica-se mais ainda com os sucessivos entendimentos que vem sendo construído pela própria Corte.

Observe-se, p.e., *não há previsão constitucional de inquerito perante o STF em função de qualificação, ou parentesco da[s] vítima[s]*. Essa competência tem decorrido de interpretação “extensiva da Corte”, ressalte-se, sem base legal, ou constitucional.

Os principais inquéritos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) que envolvem o parentesco de vítimas com ministros tem se fundamentado na tese de que tais atos não são crimes comuns, mas ataques à **soberania e independência da Corte**. Evidentemente que tal tipo de ato criminoso não se enquadra nessas hipóteses. O que se tem é uma construção que cria uma “justiça de mão própria”, com forte carga intimidatória.²⁴

Outro aspecto sensivelmente relevante é pertinente ao papel do advogado no processo. Esse tema é sensível, extremamente delicado, por envolver inclusive questões referentes a um mercado de trabalho profundamente saturado e em grande parte com formação deficiente.

Um verdadeiro aprimoramento profissional implicaria em redução do número excessivo de advogados, pois, o Brasil possui atualmente **mais de 1,49 milhão de advogados ativos** inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, de acordo com o painel oficial Quadro da Advocacia do CFOAB. Esse volume de profissionais consolida o país com a **maior proporção de advogados por habitante do mundo**, registrando a média aproximada de 1 profissional

23 Sistema feudal japonês que só viria a sucumbir com a modernização estrutura do Japão após 1862, o xogunato Tokugawa passou por mudanças drásticas em seus esforços para manter o controle, mas em 1867 o último xogum, *Yoshinobu* foi forçado a ceder a administração dos assuntos civis e militares ao imperador... <https://www-britannica-com.translate.google.com/topic/shogunate>

24 CAVALCANTI, Francisco. **Dos necessários limites à atuação do Supremo Tribunal Federal em relação a Inquéritos criminais em respeito à Constituição Federal**. [o caso do inquérito das fakenews]. Capítulo de livro no prelo.

para cada 164 brasileiros, conforme estudos da International Bar Association (IBA) divulgados pela BBC News Brasil²⁵.

Observe-se, por outro lado, que esse universo, canaliza 1/5 dos membros dos Tribunais intermediários/ relevante percentual do STJ e do TST e em tese, potencialmente, grande número de integrantes da Suprema Corte, para cujo ingresso, os requisitos constitucionais de *notável saber jurídico e reputação ilibada* são substituídos, no mundo fático, por “notável influencia política”.²⁶

Evidentemente que a figura do “quinto constitucional” deveria ser extinta. É esdrúxula, sobretudo, como de fato ela é. A exceção deveria ser a Corte constitucional, limitada a esse relevante papel, com redistribuição das “com-

25 Quantitativo Total/ Quantitativo por Gênero/Quantitativo por Faixa Etária

Quadro da Advocacia regulares e recadastrados

SECCIONAL	Advogado(a)	Estagiário(a)	Suplementar	Consultor Estrangeiro	TOTAL
TOTAL	1.493.255	11.086	94.458	263	1.598.799
AC	4.186	35	572	0	4.793
AL	16.060	20	1.347	0	17.427
AM	16.900	17	1.808	0	18.725
AP	4.377	23	685	0	5.085
BA	65.358	459	4.694	0	70.511
CE	42.223	73	1.794	0	44.090
DF	53.807	245	9.478	3	63.530
ES	28.530	25	2.592	0	31.147
GO	56.726	410	5.287	0	62.423
MA	25.972	71	2.481	1	28.524
MG	149.785	3.034	7.312	0	160.131
MS	19.947	112	1.787	0	21.846
MT	27.141	492	2.163	0	29.796
PA	30.276	165	2.417	0	32.858
PB	23.040	68	1.295	1	24.403
PE	46.198	201	3.261	0	49.660
PI	19.120	130	916	0	20.166
PR	96.263	553	5.647	0	102.463
RJ	162.596	2.207	8.878	21	173.681
RN	17.438	100	1.272	0	18.810
RO	11.619	22	1.164	0	12.805
RR	3.045	12	478	1	3.535
RS	101.720	510	2.744	1	104.974
SC	54.680	82	6.127	1	60.889
SE	13.890	69	1.067	0	15.026
SP	392.119	1.893	15.790	234	409.802
TO	10.239	58	1.402	0	11.699

[<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>]

26 Nota: não há como se deixar de constatar que, usualmente, os indicados se enquadram no conceito de “razoável conhecimento jurídico”, muito aquém do notável saber. Tal é uma realidade que os analistas constatarem, mas face à relevância do cargo, pós nomeação, não ousam criticar a *capacidade técnica dos nomeados*. Análise mais profunda ainda ter-se-ia com eventuais digressões sobre *reputação ilibada*.

petências anômalas' que as tornam verdadeiros "atores políticos", fragilizando o regime democrático.

Aqui vale uma breve digressão para ressaltar a "hipocrisia do sistema", que lança aos tribunais superiores uma gama imensa de processos, muito além da capacidade física dos integrantes daquelas cortes, gerando verdadeiras terceirizações para assessores e Juízes convocados [muitos do 1º grau, que funcionam como verdadeiros *ghost writers*].

A terceira é sobre a questão probatória. Vive-se formalmente em era pre informatizada, quando a prova estava a depender de iniciativa das partes. Em momento no qual as interligações informatizadas possibilitam que a verdade *real*, seja obtida por simples acesso direto pelo órgão julgador. Observe-se, p.e., a existência das câmaras no controle de transito de veículos, capazes de detectar e registrar paradas proibidas, avanços de sinais, excesso de velocidade.

Ressalte-se que em futuro não muito distante desse momento atual no presente, aqui e em muitos locais da China, dentre outros, para o bem ou para o mal, as autorias, as identificações dispensarão testemunhas, os contratos serão apenas verbalizados no sistema, as assinaturas já serão eletrônicas ... relevante seria a evolução do sistema probatório processual no Brasil, inclusive quanto à coleta de provas. O descongestionamento dos órgãos de instrução, inclusive com a controlada descentralização para a coleta extra judicial de depoimentos, perícias extrajudiciais [mormente em situações de inexistência de desequilíbrio entre as partes] é fundamental. As longevas pautas de audiências de instrução não são mais compatíveis com o mundo atual.

Outra questão, de sensível abordagem é sobre as Cortes Superiores e o aparente desvio de finalidade nas mesmas. Lamentavelmente, tais órgãos, sobretudo a Corte Maior, tem funcionado com seus membros como Agentes políticos ativos, quando este não é o papel constitucionalmente atribuído a eles.²⁷

27 A questão da "pejotização das relações de trabalho" é um adequado exemplo. O STF colocou a matéria como objeto de repercussão geral - Tema 1389 - Competência e ônus da prova nos processos que discutem a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviços; e a licitude da contratação de pessoa jurídica ou trabalhador autônomo para essa finalidade. A questão, pela relevância, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deveria ter tramitação preferencial, pois afeta milhões de prestadores de serviços, afeta a competência da Justiça do Trabalho, mas encontra-se aguardando que o relator resolve pauta-la.

Relevante um “enxugamento” da atuação política das Cortes, como deve ocorrer a partir de medidas relativamente simples, tais como a drástica redução de decisões monocráticas²⁸; e quando proferidas, com submissão aos órgãos colegiados; e redução da fluidez nas interpretações, com limitação dos juízos individuais, limitadas a situações urgentes e precárias; a redução do “estrelismo”, tal como as manifestações públicas sobre temas sob suas apreciações; a redução da atuação da TV justiça nos julgamentos; a extinção da distinção entre julgamento por unanimidade e por maioria, para fins processuais.

Outra fundamental modificação seria o da **concomitância recursal que encurtaria os prazos. Afinal a parte deve se manifestar acerca do ato impugnado ou defendido e não acerca do que a outra parte vai se manifestar**. O sistema atual é anacrônico.

As principais MUDANÇAS para o processo nos próximos anos deverão ser tecnológicas e muito além do jurídico, mormente com o crescimento e evolução das IA's.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“*Imagine*”²⁹ o processo civil com, inclusive perante as Cortes Superiores, com:

- 1- Petição eletronicamente ajuizada, custas recolhidas, citação automática no *email obrigatoriamente indicado*. Conferência documental pela IA – recolhimento de custas, procuração, provas produzidas. Verificação da solicitação de eventual perícia, com consequente apresentação às partes

28 Ressalte-se que dada a pluralidade de posições dos membros da Corte, só a mescla obtida por decisões colegiadas levaria ao “pensamento médio da sociedade”, deixando-se de ter situações decorrentes de posicionamentos individuais que podem prevalecer por longos períodos sem que o Relator se sinta *obrigado eticamente*, a submetê-la ao colegiado, o que muitas vezes não é feito face à possibilidade de reforma.

29 Como na música de JOHN LENNON: *Imagine there's no heaven/ It's easy if you try /No hell below us /Above us only sky/ Imagine all the people / Living for today Imagine there's no countries / It isn't hard to do /Nothing to kill or die for/ And no religion too/ Imagine all the people /Living life in peace / [IMAGINE ISSO APLICADO AO PROCESSO!!]*

do elenco de peritos, com horários para atendimento e espaço eletrônico para rol de questões. Testemunhas ouvidas, nos horários predeterminados. Posteriormente, encerramento e alegações finais concomitantes. Fixação de prazo comum para embargos ou recurso, com razões verbalmente ditadas ao sistema e custas debitadas da conta bancária pré-indicada. Apreciação pela Corte, após juntada ao relator dos precedentes existentes sobre a matéria na corte e nos tribunais superiores nos últimos dois anos. Julgamento, com submissão, a não ser temporariamente, em casos de extrema urgência, pelos colegiados... Isso encurtaria o processo em vários anos e daria ao mesmo bem mais legitimidade às decisões, que deveriam ser sempre discretas e não “televisivas”;

- 2- Destaque-se, ainda, de um modo mais amplo, a possibilidade de ouvida extrajudicial de testemunhas e peritos, com a presença de advogados, em ambiente isento, encurtando em muito a futura instrução.
- 3- **Supressão das prerrogativas das Fazendas Públicas em juízo**, hoje regularmente defendidas com muito melhor nível de qualidade que a maioria dos cidadãos, não se justificando especiais formas de intimação, notificação ou citação. Aplicação rigorosa das normas sobre litigância de má-fé aos advogados públicos e privados.
- 4- Redução dos regimes especiais de pagamentos pela Fazenda Pública, fazendo cessar situações extremamente abusivas, com sistemas especiais de postergações de precatórios.
- 5- Imagine-se, ainda, a previsão de *astreintes* não só para as pessoas jurídicas, mas também para as pessoas físicas dirigentes, públicos e privados, aguçando o sentimento de responsabilidade pessoal.
- 6- Imagine-se se o cidadão, credor da Fazenda pública, com sentença transitada em julgado, pudesse, tal qual possibilitado para as empresas, fazer a compensação com eventuais débitos para com o fisco [envolvendo impostos, taxas, contribuições em geral].
- 7- Assim ter-se-iam, processos mais ágeis e eficazes, capazes de reduzir a excessiva conflituosidade da sociedade brasileira, por si só tão injusta e desigual.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel. **O órgão jurisdicional e sua função: estudos sobre a ideologia, aspectos críticos e controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21-22.

AROCA, Juan Montero; CALDERÓN CUADRADO, María Pía. **Ley de Enjuiciamiento Civil**. 24. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BAVITZ, Chris. **AI: Algorithms and Justice**. Cambridge: Harvard University, [s.d.]. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/>. Acesso em: [dia mês abreviado. ano].

BOMFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. **Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAVALCANTI, Francisco. Dos necessários limites à atuação do Supremo Tribunal Federal em relação a inquéritos criminais em respeito à Constituição Federal: o caso do Inquérito das Fake News. Capítulo de livro. No prelo.

CAVALCANTI, Francisco; CAVALCANTI, Artur. **O novo Código de Processo Civil: reflexões sobre um equívoco**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 18-20.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Relatório Justiça em Números 2016, 2017, 2018 e 2019**. Brasília, DF: CNJ. Publicados eletronicamente no site do CNJ.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Shogunate**. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/shogunate>.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. **Normativa**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa>.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme da Fran-
ca Couto Fernandes de; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. **V Relatório
Supremo em Números: o foro privilegiado e o Supremo**. Rio de Janeiro:
Fundação Getúlio Vargas, [s.d.]. Disponível em: [https://bibliotecadigital.fgv.
br/dspace/handle/10438/18097](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18097).

MAGALHÃES NEVES, Nayara. O uso indiscriminado de algemas: aspectos
polêmicos da Súmula Vinculante n.º 11. **Revista Jurídica do Ministério Pú-
blico do Estado do Amazonas**. Disponível em: [https://revistajuridica.mpam.
mp.br/index.php/rjmpam/article/view/295](https://revistajuridica.mpam.mp.br/index.php/rjmpam/article/view/295).

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Quadro de Advogados**. Dis-
ponível em: [https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroad-
vogados](https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados).

POSNER, Richard A. **Divergent Paths: The Academy and the Judiciary**.
Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 2016.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO
(PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano 2019: além da renda,
além das médias, além do hoje: desigualdades no desenvolvimento hu-
mano no século XXI**. Disponível em: [https://www.br.undp.org/content/bra-
zil/pt/home/presscenter/articles/2019/condicoes-de-partida-podem-determi-
nar-desigualdades-no-futuro--r.html](https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2019/condicoes-de-partida-podem-determi-nar-desigualdades-no-futuro--r.html).

SHELLEY, Mary. **Frankenstein**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal CMS**. Disponível em: [http://
www.stf.jus.br/portal/cms/](http://www.stf.jus.br/portal/cms/).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Portal Institucional**. Disponível em:
<https://www.stf.jus.br>.

ENTRE EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA: O MARCO TEMPORAL DA VINCULATIVIDADE DOS PRECEDENTES

Frederico Augusto Leopoldino Koehler¹

Professor da UFPE e da ENFAM

Juiz Federal

Doutor em Direito pela USP,

com estágio de pesquisa na

Universität Heidelberg (Alemanha)

Mestre em Direito pela UFPE

Membro do IBDP

Membro fundador e Vice-Presidente da ANNEP

Membro do Grupo de Pesquisa em Litigiosidade

do Mestrado Profissional da ENFAM

PREMISSAS INICIAIS

A partir de qual momento o precedente se torna vinculante? O questionamento é de crucial relevância pois com a vinculatividade do precedente surge a necessidade de sua observância pelos juízos e tribunais, bem como pelas partes e por todos aqueles que atuam no processo. A vinculatividade acarreta consequências processuais de monta, a exemplo da autorização do uso de ferramentas processuais como: a) improcedência liminar do pedido (art. 332, II e III, do CPC); b) tutela provisória de evidência (art. 311, II); c) dispensa de remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III); d) decisão monocrá-

¹ Professor da UFPE e da ENFAM. Juiz Federal. Doutor em Direito pela USP, com estágio de pesquisa na Universität Heidelberg (Alemanha). Mestre em Direito pela UFPE. Membro do IBDP. Membro fundador e Vice-Presidente da ANNEP. Membro do Grupo de Pesquisa em Litigiosidade do Mestrado Profissional da ENFAM. E-mail: koehler_koehler@yahoo.com.br

tica do processo pelo relator (art. 932, IV, “b” e “c”, V, “b” e “c”, e art. 955, parágrafo único, II); e) dispensa de caução no cumprimento provisório da sentença (art. 521, IV); f) cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente (art. 988, III e IV). Além disso, eventual descumprimento do precedente pode acarretar sérias consequências, como a punição por litigância de má-fé.

Há três respostas possíveis à pergunta formulada: i) o dia do julgamento em que se que formou o precedente; ii) a data de publicação do respectivo acórdão; ou iii) a data do trânsito em julgado. O primeiro desses marcos temporais é o que mais prestigia a eficiência, enquanto o último dá ênfase à segurança jurídica. *Este ensaio examinará as opções e buscará demonstrar que a vinculatividade a partir da data de publicação do acórdão que firmou o precedente deve ser considerada a alternativa mais adequada para o bom funcionamento do sistema de precedentes.*

O tópico 3 analisará se a resposta atingida é válida para qualquer tipo de precedente ou apenas para os firmados pelo STF e STJ. A sistemática seria a mesma para um precedente criado em incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, por exemplo?

Outro ponto importante será abordado: a oposição de embargos de declaração contra a decisão que firmou o precedente acarreta alguma mudança na resposta obtida? A mesma questão será examinada com relação à pendência de requerimento de modulação dos efeitos do precedente. Ambos os pontos serão tratados no tópico 4.

Por fim, o tópico 5 detalhará as consequências processuais da superação do precedente aplicado no julgamento de um caso concreto: i) em processo futuro afetado para tal finalidade; ou ii) em controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

1. O MOMENTO EM QUE O PRECEDENTE SE TORNA VINCULANTE

Há posição consolidada do STF no sentido de que a tese fixada no recurso extraordinário com repercussão geral deve ser aplicada antes mesmo do seu trânsito

em julgado². Confirmam-se, a título exemplificativo, as ementas do RE 1112500 (Relator(a): Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29-06-2018, Dje 163 de 13-08-2018)³ e do ARE 977190 AgR (Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 09-11-2016, Dje 249 de 23-11-2016)⁴.

O STJ segue essa mesma linha de raciocínio no que tange ao precedente fixado em recurso especial repetitivo, como se lê na ementa do REsp n.

2 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1.631.

3 Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. PRECEDENTES.

1. A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada na instância anterior, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(RE 1112500 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29-06-2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 10-08-2018 PUBLIC 13-08-2018) (grifo nosso)

4 Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. SISTEMÁTICA. APLICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. ALTO CUSTO. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PARADIGMA. IRRELEVÂNCIA. JULGAMENTO IMEDIATO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE MEDICAMENTO NA LISTA DO SUS. DESCONSIDERAÇÃO ANTE A AVALIAÇÃO MÉDICA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplicação do Tema 6 da repercussão geral - RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas.

II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”.

III - A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes.

IV - A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente.

V – Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC.

VI - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC.

(ARE 977190 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09-11-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016) (grifo nosso)

1.785.364/CE (Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 1/12/2020)⁵.

Na verdade, segundo o entendimento consolidado no STF e no STJ, além de não ser necessário aguardar o trânsito em julgado do paradigma, *não se deve aguardar* o julgamento de embargos de declaração eventualmente pendentes de julgamento⁶, e *sequer a publicação do acórdão que firmou o precedente vinculante. Basta que seja publicado o extrato de ata com o resultado do julgamento*, o que, via de regra, acontece no mesmo dia em que se deu a sessão. Nesse sentido, confira-se o ARE 673256 AgR

5 CIVIL E ADMINISTRATIVO. RE 870.947/SE (TEMA 810). TESE FIXADA SOBRE JUROS E CORREÇÃO NAS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS QUAIS SE POSTULOU A MODULAÇÃO DOS EFEITOS. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF.

1. No RE 870.947/SE (Tema 810), o STF fixou a seguinte tese: “I - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; II - O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina”.

2. Ao requerer a reforma do “acórdão recorrido de modo a determinar que seja aplicado o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tal como fixada pela Lei nº 11.960/09”, a recorrente apresenta postulação em desconformidade com o entendimento adotado pelo STF, que declarou inconstitucional a disciplina atribuída pelo art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, à correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública.

3. Retira-se o sobrestamento anteriormente determinado nos autos, devendo ser imediatamente aplicada a posição tomada sob a sistemática da repercussão geral. “É do entendimento do Supremo Tribunal Federal que, decidido o mérito da questão, na sistemática da repercussão geral, autorizado está o julgamento das causas que tratarem de idêntico assunto, independentemente do trânsito em julgado do paradigma” (AgInt no RE no AgRg no REsp 1.411.245/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 13.12.2019).

4. Recurso Especial não provido.

(REsp n. 1.785.364/CE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/10/2020, DJe de 1/12/2020.) (grifo nosso)

6 Nesse sentido os votos dos relatores, Min. Roberto Barroso no RE 1112500 AgR, e Min. Ricardo Lewandowski no ARE 977190 AgR, cujas ementas foram adrede transcritas.

(Relatora: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 08-10-2013, Dje 209 de 22-10-2013)⁷.

Tal entendimento, como frisado no tópico das premissas iniciais, privilegia a eficiência, em detrimento da maior segurança jurídica que adviria de uma postura mais cautelosa. A posição do STF e do STJ se deve, muito provavelmente, ao imenso volume de demandas repetitivas em nosso país, e à necessidade de, tão logo fixado o precedente vinculante, permitir que os processos sejam imediatamente dessobrestados e julgados de forma definitiva.

Ocorre que a mera publicação do extrato de ata não é suficiente para fornecer aos magistrados e operadores jurídicos uma orientação segura e precisa sobre o alcance e o sentido da tese firmada. Isso porque o extrato de ata contém apenas a tese firmada e o dispositivo do julgado, ou seja, se o recurso foi provido ou improvido, e se o julgamento foi unânime ou por maioria. Antes da publicação da íntegra do julgamento, não se conhece a *ratio decidendi*, uma vez que ela é extraída dos fundamentos essenciais contidos nos votos que formam o entendimento vencedor na respectiva decisão⁸. Mais do que a mera enunciação de um comando a ser seguido, a *ratio decidendi* abrange o contexto e todas as peculiaridades fáticas e jurídicas imprescindíveis para a resolução do caso concreto⁹.

7 EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 543-B DO CPC E 328 RISTF). POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO PARADIGMA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO 01.10.2010.

A existência de precedente firmado pelo Plenário desta Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. Adequada à espécie, merece manutenção a sistemática da repercussão geral aplicada (arts. 543-B do CPC e 328 do RISTF).

Agravo regimental conhecido e não provido.

(ARE 673256 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08-10-2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013) (grifo nosso)

8 Confira-se: FERRAZ, Taís Schilling. Interações no fluxo de formação e aplicação de precedentes: efeitos sistêmicos das escolhas em demandas repetitivas. *Revista de Processo*, vol. 342, ano 48. São Paulo: Ed. RT, agosto 2023, p. 339-361.

9 FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional* – construção e eficácia da questão constitucional com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 503.

Mesmo a legítima preocupação dos tribunais superiores com a eficiência e a celeridade não é suficiente para impedir que se aguarde a publicação do acórdão. Até porque, via de regra, não há motivos que justifiquem a demora na referida publicação. Geralmente, a publicação do acórdão ocorre em poucos dias após a sessão de julgamento. Apenas em algumas situações será necessário aguardar correções e alterações no voto vencedor, bem como a juntada de eventuais votos vencidos. Mesmo que, nesses raros casos, isso leve um pouco mais de tempo, a espera decorrente certamente compensará pelo ganho de segurança jurídica e por evitar o consequente retrabalho que muitas vezes resulta do açodamento em aplicar o precedente antes de se ter ciência da *ratio*.

Logo, respondendo ao questionamento-base deste ensaio, entende-se que a vinculatividade do precedente deveria surgir apenas após a publicação da sua íntegra. É o que se depreende, a propósito, do quanto disposto no art. 1.040 do CPC, que prescreve a ocorrência de diversas consequências após “*publicado o acórdão paradigma*”. Em consequência, só a partir daí se pode cogitar a aplicação das ferramentas processuais pertinentes (a exemplo da improcedência liminar do pedido e da tutela provisória de evidência), bem como a configuração da litigância de má-fé por seu descumprimento.

2. O CASO ESPECIAL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – IRDR

A sistemática apresenta algumas peculiaridades quando se trata de precedente firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

Nesse caso, tem prevalecido na doutrina o entendimento pela vinculatividade, com o dessobrestamento dos processos e a aplicação da tese fixada somente após o trânsito em julgado do IRDR¹⁰.

10 Por todos, confirmam-se: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. *Comentários ao Código de Processo Civil de 2015*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p.

O STJ adotou inicialmente posicionamento diverso, fixando o julgamento do IRDR pelo tribunal local como marco para o início da vinculatividade e o término do sobrestamento, em linha com o entendimento adotado pela própria corte para o precedente fixado em recurso especial repetitivo – como detalhado no tópico anterior. Nesse sentido, colhem-se os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1.645.372/ES, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 07.12.2020, DJe 11.12.2020; AgInt no AREsp 1.700.009/SP, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 07.12.2020, DJe 14.12.2020; REsp 1.879.554/SC, rel. Ministro Francisco Falcão, 2ª Turma, julgado em 18.08.2020, DJe 31.08.2020.

Embora nas ementas dos acórdãos referidos conste apenas que não seria necessário aguardar o trânsito em julgado de matéria firmada em IRDR para sua aplicação, o fato é que, em todos esses casos, o STJ manteve o entendimento do tribunal de origem que determinara o prosseguimento imediato do feito e com aplicação da tese fixada logo após o julgamento do IRDR pelo tribunal de origem. Isto é, a determinação foi de que não seria necessário aguardar o julgamento dos recursos extraordinário e/ou especial que haviam sido interpostos e ainda se encontravam pendentes de julgamento¹¹.

Em 20 de abril de 2021, a Segunda Turma resolveu a questão da forma que se considera ser a mais adequada. Decidiu a Segunda Turma, ao julgar o REsp 1.869.867/SC (relator Ministro Og Fernandes, DJe de 03.05.2021), que é necessário aguardar julgamento dos recursos especial e extraordinário pelos tribunais superiores, mas não o trânsito em julgado desses recursos.^{12 13}

1.464-1.470; KÜMPEL, Vitor Frederico. Comentários ao art. 985. In: SANTOS, Silas Silva *et al.* (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1.030-1.031.

11 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Aspectos relevantes do recurso especial interposto contra o acórdão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, vol. 334, dez. 2022, p. 157-184.

12 A leitura da ementa do acórdão é esclarecedora e praticamente esgota a matéria, razão pela qual ela é colacionada a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. NECESSIDADE DE AGUARDAR O JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ARTS. 982, § 5º, E 987, §§ 1º E 2º, DO CPC. RECURSO PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a suspensão dos feitos cessa tão logo julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo TJ/TRF, com a aplicação imediata da tese, ou se é necessário aguardar o julgamento dos recursos excepcionais eventualmente interpostos.

2. No caso dos recursos repetitivos, os arts. 1.039 e 1.040 do CPC condicionam o prosseguimento dos processos pendentes apenas à publicação do acórdão paradigma. Além disso, os acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos não são impugnáveis por recursos dotados de efeito suspensivo automático.

3. Por sua vez, a sistemática legal do IRDR é diversa, pois o Código de Ritos estabelece, no art. 982, § 5º, que a suspensão dos processos pendentes, no âmbito do IRDR, apenas cessa caso não seja interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

4. Além disso, há previsão expressa, nos §§1º e 2º do art. 987 do CPC, de que os recursos extraordinário e especial contra acórdão que julga o incidente em questão têm efeito suspensivo automático (ope legis), bem como de que a tese jurídica adotada pelo STJ ou pelo STF será aplicada, no território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

5. Apesar de tanto o IRDR quanto os recursos repetitivos comporem o microssistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC), a distinção de tratamento legal entre os dois institutos justifica-se pela recorribilidade diferenciada de ambos. De fato, enquanto, de um lado, o IRDR ainda pode ser combatido por REsp e RE, os quais, quando julgados, uniformizam a questão em todo o território nacional, os recursos repetitivos firmados nas instâncias superiores apenas podem ser objeto de embargos de declaração, quando cabíveis e de recurso extraordinário, contudo, este, sem efeito suspensivo automático.

6. Admitir o prosseguimento dos processos pendentes antes do julgamento dos recursos extraordinários interpostos contra o acórdão do IRDR poderia ensejar uma multiplicidade de atos processuais desnecessários, sobretudo recursos. Isso porque, caso se admita a continuação dos processos até então suspensos, os sujeitos inconformados com o posicionamento firmado no julgamento do IRDR terão que interpor recursos a fim de evitar a formação de coisa julgada antes do posicionamento definitivo dos tribunais superiores.

7. Ademais, com a manutenção da suspensão dos processos pendentes até o julgamento dos recursos pelos tribunais superiores, assegura-se a homogeneização das decisões judiciais sobre casos semelhantes, garantindo-se a segurança jurídica e a isonomia de tratamento dos jurisdicionados. Impede-se, assim, a existência - e eventual trânsito em julgado - de julgamentos conflitantes, com evidente quebra de isonomia, em caso de provimento do REsp ou RE interposto contra o julgamento do IRDR.

8. Em suma, interposto REsp ou RE contra o acórdão que julgou o IRDR, a suspensão dos processos só cessará com o julgamento dos referidos recursos, não sendo necessário, entretanto, aguardar o trânsito em julgado. O raciocínio, no ponto, é idêntico ao aplicado pela jurisprudência do STF e do STJ ao RE com repercussão geral e aos recursos repetitivos, pois o julgamento do REsp ou RE contra acórdão de IRDR é impugnável apenas por embargos de declaração, os quais, como visto, não impedem a imediata aplicação da tese firmada.

9. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem a fim de que se aguarde o julgamento dos recursos extraordinários interpostos (não o trânsito em julgado, mas apenas o julgamento do REsp e/ou RE) contra o acórdão proferido no IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023.

(REsp n. 1.869.867/SC, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 3/5/2021.) (grifo nosso)

13 Para uma análise detalhada do julgado, vide: CONJUR. Suspensão de processo não termina após julgamento de IRDR, diz STJ. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/suspensao-processo-nao-termina-julgamento-irdr-stj>>. Acesso em: 21 jan. 2026.

O mesmo caminho foi trilhado posteriormente pela Primeira Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.976.792/RS, em 18 de maio de 2023. O relator Ministro Gurgel de Faria explicou que, se os efeitos do IRDR se encontram suspensos enquanto não for julgado o recurso excepcional, não há tese com força obrigatória em vigor. Logo, não se está diante de hipótese de cabimento de reclamação. Prosseguiu o relator em seu voto registrando não desconhecer que há decisões do STJ no sentido de não ser necessário aguardar o trânsito em julgado de matéria firmada em IRDR para sua aplicação. Todavia, enfatizou que esse entendimento deve ser empregado nos casos em que a coisa julgada só não se formou porque pendente o exame de embargos de declaração ou petição autônoma, mas não nas hipóteses em que pendente o julgamento do próprio recurso excepcional¹⁴.

3. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PENDÊNCIA DE EXAME DO REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS

Como se deve proceder se houve a oposição de embargos de declaração pleiteando efeitos infringentes ou a modulação de efeitos? Essa situação pode gerar problemas caso se aplique o precedente no caso concreto e depois os embargos de declaração sejam acolhidos com a mudança da tese firmada, ou caso haja ordem de modulação retirando o caso concreto da obediência ao precedente. Nessas hipóteses o provimento dos embargos declaratórios ou a decisão pela modulação poderão impactar diretamente no resultado da demanda concreta. Isso deverá ser alegado por recurso ou até mesmo por mera petição, caso ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado, ou pela via da ação rescisória, se houver prazo para tanto.

Para evitar o problema indicado com relação à modulação de efeitos, o ideal é que os tribunais, ao firmarem precedente vinculante, já se pronunciem de ofício e desde logo sobre a modulação. A atitude de esperar as partes embargarem sobre tal tema é o que tem gerado esse tipo de situação. Quanto a

14 VITAL, Danilo. Não cabe reclamação por descumprimento de IRDR alvo de recurso especial, diz STJ. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/suspensao-processo-nao-termina-julgamento-irdr-stj>>. Acesso em: 21 jan. 2026.

eventuais efeitos infringentes que os embargos de declaração possam causar no mérito da demanda, trata-se de caso raríssimo, especialmente em se tratando de fixação de precedente, que se dá em procedimento diferenciado, trazendo um julgamento mais qualificado.

A desconexão entre o momento do julgamento e o momento do exame de eventual pedido posterior de modulação de efeitos – geralmente por meio de embargos de declaração –, resulta em forte insegurança jurídica, especialmente diante do entendimento do STF e do STJ segundo o qual os processos devem ser retirados do sobrestamento com a mera publicação do extrato de ata do julgamento que contém o precedente para imediata aplicação do quanto decidido nos casos repetitivos.

Quando a decisão sobre a modulação de efeitos ocorre em momento subsequente ao do nascimento do precedente, a tendência é que muitos casos individuais já tenham sido solucionados com a aplicação do paradigma. Se o tribunal superior, ao modular, exclui tais casos individuais do alcance de sua decisão original, as consequências serão graves. Haverá intensa recorribilidade, muitos processos terão sido levados desnecessariamente a juízo de retratação ou terão transitado em julgado com a aplicação do entendimento que não prevaleceu, gerando insegurança jurídica e perplexidade, além de ensejar nova judicialização, mediante ações rescisórias e outros mecanismos¹⁵.

O Projeto de Lei nº 3.640, apresentado à Câmara dos Deputados em 31 de julho de 2023, propõe alterações na Lei n.º 9.868/1999, a fim de impor ao STF o dever de, no curso do julgamento, pronunciar-se sobre eventual modulação de efeitos, após apreciar a questão da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Cria-se, assim, uma nova etapa procedimental no julgamento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que deverá ser conflagrada, via de regra, pelo Presidente da corte. Prescreve-se, ainda, o cabimento de embargos de declaração para sanar omissão, obscuridade, contradição e erro material quanto a esse ponto¹⁶.

15 FERRAZ, Taís Schilling. Interações no fluxo de formação e aplicação de precedentes: efeitos sistêmicos das escolhas em demandas repetitivas. *Revista de Processo*, vol. 342, ano 48, p. 339-361. São Paulo: Ed. RT, agosto 2023, *passim*.

16 No site da Câmara dos Deputados consta como último andamento do PL a submissão à apreciação conclusiva na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, em 09/08/2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg>>.

Como o referido PL não avançou até a sua aprovação, ainda não há previsão no sentido de pronunciamento *ex officio* sobre a modulação de efeitos nas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, que tratam, respectivamente, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, e sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁷.

A propósito, o julgamento do Tema 1.338 da Repercussão Geral (RE 1.489.562 RG, Relator: Ministro Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2024, DJe-318 de 23-10-2024), veio em boa hora para enfrentar o problema da aplicação do precedente que é posteriormente atingido pela modulação de efeitos, normalmente em sede de embargos de declaração. Decidiu o STF pelo cabimento de ação rescisória contra decisão transitada em julgado em desacordo com a modulação de efeitos de tese de repercussão geral. Isso permite que sejam rescindidas decisões transitadas em julgado em sentido conflitante com o entendimento final do STF, adotado após a decisão pela modulação de efeitos no julgamento dos embargos de declaração.

Foi precisamente o que ocorreu no Tema 69 de repercussão geral, julgado em 2017, cuja modulação de efeitos só foi decidida em 2021, após julgamento dos embargos de declaração. Foram cerca de quatro anos, portanto, em que os juízes e tribunais aplicaram o entendimento do STF sem imaginar que uma

br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2374540>. Acesso em: 21 jan. 2026. Eis o teor dos dispositivos referidos:

“Art. 33 No curso do julgamento, após apreciar a questão da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o **Supremo Tribunal Federal deverá pronunciar-se sobre eventual modulação de efeitos, sendo cabíveis embargos de declaração para sanar omissão, obscuridade, contradição e erro material quanto a esse ponto.**

Art. 52 No curso do julgamento, a apreciação da questão sobre a modulação dos efeitos da decisão deve ser proclamada expressamente pelo Presidente e não se presume.

§ 1º Em caso de não atendimento da condição enunciada no caput deste artigo, poderá ser solicitada data para o julgamento da modulação dos efeitos por qualquer Ministro ou em sede de embargos de declaração.

§ 2º A critério do relator, podem ser admitidas produção probatória, colheita e apresentação de dados concretos, previamente ao julgamento da modulação dos efeitos da decisão.” (grifos nossos)

17 Tratando de maneira aprofundada do tema da modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, consulte-se: PONTES DE MIRANDA, Luciana Santos. *Efeitos temporais da decisão no controle jurisdicional de constitucionalidade: a eficácia prospectiva do julgado no sistema constitucional brasileiro*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008.

reviravolta estaria por vir. Apenas após o julgamento dos embargos de declaração e a modulação dos efeitos do precedente, percebeu-se que inúmeras decisões transitadas em julgado estavam em desarmonia com o entendimento final do STF. Foi enfrentando tal situação que o STF, no Tema 1.338, admitiu o ajuizamento de ações rescisórias para adaptar a solução desses casos à conclusão derradeira da corte. Eis a tese de julgamento: “*Cabe ação rescisória para adequação de julgado à modulação temporal dos efeitos da tese de repercussão geral fixada no julgamento do RE 574.706 (Tema 69/RG)*”¹⁸.

A Corte Especial do STJ, nos EDcl no REsp 1.665.599-RS (Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, j. em 04/10/2023), decidiu um ponto que merece menção sobre a modulação dos efeitos.

No caso, a União opôs embargos de declaração pleiteando a atribuição de efeitos meramente prospectivos ao acórdão embargado, argumentando que ele promovera a alteração substancial da jurisprudência dominante do STJ, modificando o Tema 291/STJ.

A tese jurídica de eficácia vinculante fixada no Tema 291/STJ enunciava que “*não incide juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV*”, e fora firmada no julgamento do REsp 1.143.677/RS, ocorrido em 02/12/2009, submetido ao regime qualificado do art. 543-C do CPC/73.

Em 19 de abril de 2017, o STF julgou o RE 579.431/RS (Tema 96/STF), ocasião em que se firmou compreensão diametralmente oposta à emanada do STJ em seu Tema 291, fixando-se tese jurídica vinculante a dizer que “*incidem os juros de mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório*”.

Foi em virtude da nova orientação provinda do STF que a Corte Especial do STJ, em 20/03/2019, efetivou a superação de seu próprio precedente vinculante, corporificado no REsp 1.143.677/RS. Adequou-se, então, o Tema 291/STJ ao entendimento consignado no Tema 96/STF.

A alteração substancial da jurisprudência dominante, não ocorreu, portanto, quando da prolação do acórdão do STJ nos embargos de declaração, mas

18 MENDES, Paulo. A coisa julgada no STF: a relação entre precedente e coisa julgada: um panorama jurisprudencial. *JOTA*, 25 de abril de 2025. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-coisa-julgada-no-stf>>. Acesso em: 21 jan. 2026.

sim em momento muito anterior, quando o STF apreciara o RE 579.431/RS (Tema 96/STF). Aliás, após o julgamento do RE 579.431/RS, foram opostos perante o STF embargos declaratórios visando justamente à modulação de efeitos daquele julgado, o que foi rejeitado pela Corte.

Assim, o STJ rejeitou os embargos de declaração e não acolheu o pleito de atribuição de efeitos prospectivos ao julgado embargado.

4. CONSEQUÊNCIAS DA SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE PARA O CASO CONCRETO EM QUE FOI APLICADO

Além da questão da modulação dos efeitos, abordada no tópico anterior, importa registrar a possibilidade de o precedente aplicado no julgamento de um caso concreto ser superado: i) em processo futuro afetado para tal finalidade; ou ii) em controle de constitucionalidade exercido pelo STF.

Na primeira hipótese – superação em processo futuro afetado para tal finalidade – caberá o ajuizamento de ação rescisória com base no art. 966, V, do CPC, para rescindir o título judicial posteriormente superado pela alteração de entendimento. Naturalmente, o cabimento da ação rescisória será possível desde que ainda se esteja dentro do prazo bienal previsto no art. 975 do CPC, o qual será contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo em que o precedente fora aplicado.

A segunda hipótese – controle de constitucionalidade exercido pelo STF – tem tratamento diverso. Nela ocorre a inadequação do caso concreto julgado tendo em vista a inconstitucionalidade superveniente do precedente vinculante que lhe dava suporte. Logo, aplicam-se os arts. 525, §§ 12 a 15, e 535, §§ 5º a 8º, do CPC, temperados pelos entendimentos contidos na tese fixada na QO na AR 2.876/DF¹⁹. Em suma, entendeu o STF ser possível alegar a inexigibilidade

19 Eis a íntegra da tese:

“O § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 do Código de Processo Civil devem ser interpretados conforme a Constituição, com efeitos ex nunc, no seguinte sentido, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do § 14 do art. 525 e do § 7º do art. 535:

1. Em cada caso, o Supremo Tribunal Federal poderá definir os efeitos temporais de seus precedentes vinculantes e sua repercussão sobre a coisa julgada, estabelecendo inclusive a extensão da retroação para fins da ação rescisória ou mesmo o seu não cabimento diante do grave risco de lesão à segurança jurídica ou ao interesse social.

do título executivo inconstitucional não só quando o precedente do STF for *anterior* à coisa julgada (como previam o CPC e o Tema 360 de repercussão geral), como também quando o precedente do STF for *posterior* à coisa julgada, por mera petição na impugnação ao cumprimento de sentença ou por exceção de pré-executividade²⁰. Ou seja, não é mais necessário o ajuizamento de ação rescisória quando o precedente do STF for posterior à coisa julgada, desde que ainda seja possível a alegação na fase de cumprimento de sentença. Importante registrar que não houve delimitação de prazo para que a coisa julgada fosse desconstituída nessas situações²¹, podendo-se perquirir, no entanto, se podem ser ultrapassados os prazos estabelecidos no CPC (art. 525, *caput* e § 15: prazo de 15 dias da intimação do cumprimento de sentença; art. 535, *caput*, § 8º: prazo de 30 dias da intimação do cumprimento de sentença).

De acordo com os debates durante a sessão no STF, a tendência é que o entendimento firmado na QO na AR 2.876/DF a respeito das novas regras sobre o prazo para ajuizamento de ação rescisória tenha apenas efeitos *ex nunc*, ou seja, válidos somente para o futuro. Ainda não se pode afirmar isso com segurança pois se aguarda a publicação do inteiro teor do acórdão com a respectiva *ratio decidendi*. A prevalecer tal posição, a tese não valerá para os precedentes vinculantes do STF que transitaram em julgado antes da publicação da ata do julgamento da QO na AR 2.876/DF²².

2. Na ausência de manifestação expressa, os efeitos retroativos de eventual rescisão não excederão cinco anos da data do ajuizamento da ação rescisória, a qual deverá ser proposta no prazo decadencial de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão do STF.

3. O interessado poderá apresentar a arguição de inexigibilidade do título executivo judicial amparado em norma jurídica ou interpretação jurisdicional considerada inconstitucional pelo STF, seja a decisão do STF anterior ou posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, salvo preclusão (Código de Processo Civil, arts. 525, *caput*, e 535, *caput*).”.

20 Sobre o ponto, confira-se: ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os títulos executivos inconstitucionais e a QO na AR 2.876/STF. *Migalhas de peso*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/429045/os-titulos-executivos-inconstitucionais-e-a-qo-na-ar-2-876-stf>>. Acesso em: 21 jan. 2026.

21 MENDES, Paulo. A coisa julgada no STF: a relação entre precedente e coisa julgada: um panorama jurisprudencial. *JOTA*, 25 de abril de 2025. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-coisa-julgada-no-stf>>. Acesso em: 21 jan. 2026.

22 Adotando esse entendimento: VALENTE, Fernanda. STF limita prazo para rescisória, e decisão não deve impactar tese do século. *JOTA*, 24 de abril de 2025. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos/stf-limita-prazo-para-rescisoria-e-decisao-nao-deve-impactar-tese-do-seculo>>. Acesso em: 23 jul. 2025.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os títulos executivos inconstitucionais e a QO na AR 2.876/STF. **Migalhas**, [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/429045/os-titulos-executivos-inconstitucionais-e-a-qo-na-ar-2-876-stf>. Acesso em: 21 jan. 2026.

CONJUR. Suspensão de processo não termina após julgamento de IRDR, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/suspensao-processo-nao-termina-julgamento-ir-dr-stj>. Acesso em: 21 jan. 2026.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FERRAZ, Taís Schilling. Interações no fluxo de formação e aplicação de precedentes: efeitos sistêmicos das escolhas em demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 342, ano 48, p. 339-361, ago. 2023.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia da questão constitucional com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. **Comentários ao Código de Processo Civil de 2015**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Aspectos relevantes do recurso especial interposto contra o acórdão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 334, p. 157-184, dez. 2022.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Comentários ao art. 985. In: SANTOS, Silas Silva *et al.* (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 1.030-1.031.

MENDES, Paulo. A coisa julgada no STF: a relação entre precedente e coisa julgada: um panorama jurisprudencial. **JOTA**, 25 abr. 2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-coisa-julgada-no-stf>. Acesso em: 21 jan. 2026.

PONTES DE MIRANDA, Luciana Santos. **Efeitos temporais da decisão no controle jurisdicional de constitucionalidade: a eficácia prospectiva do julgado no sistema constitucional brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

VITAL, Danilo. Não cabe reclamação por descumprimento de IRDR alvo de recurso especial, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/suspensao-processo-nao-termina-julgamento-irdr-stj>. Acesso em: 21 jan. 2026.

LIBERDADE DE CRENÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

FREEDOM OF BELIEF AS A FUNDAMENTAL RIGHT

*Frederico José Pinto de Azevedo*¹
Juiz Federal

*Lucas Hollanda Belfort*²
Juiz Federal

INTRODUÇÃO

A liberdade de crença figura entre os direitos mais antigos e mais reclamados pela humanidade ao longo de sua história. Antes mesmo da consolidação dos modernos Estados constitucionais, os conflitos de natureza religiosa já ditavam guerras, perseguições e rearranjos de poder. Reconhecer a crença como esfera inviolável da consciência humana foi, portanto, conquista dura e tardia, cujo amadurecimento se deu ao longo de séculos de embates entre o poder temporal e o poder espiritual, entre a ortodoxia dominante e as dissidências que insistiam em afirmar a diversidade das formas de compreender o sagrado.

No plano jurídico contemporâneo, a liberdade de crença integra o núcleo dos direitos fundamentais, categoria que, na clássica formulação de Fábio Konder Comparato, abrange os direitos sem os quais a pessoa humana não pode existir com dignidade.³ Trata-se, portanto, de um direito que antecede a

1 Juiz Federal

2 Juiz Federal

3 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 431.

ordem positiva, ainda que dela dependa para sua efetiva proteção. O presente texto propõe-se a examinar os fundamentos, o conteúdo normativo, os limites e os desafios atuais da liberdade de crença como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, à luz da doutrina e da jurisprudência constitucional pátrias, sem perder de vista o horizonte do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

1. PERSPECTIVA HISTÓRICA: DAS GUERRAS DE RELIGIÃO AO CONSTITUCIONALISMO

A história da liberdade religiosa no Ocidente não pode ser compreendida sem referência às guerras de religião que assolaram a Europa entre os séculos XVI e XVII, especialmente após a Reforma Protestante de 1517. O esfacelamento da unidade cristã medieval impôs à Europa a necessidade de repensar as relações entre fé, consciência e poder político. O Édito de Nantes (1598), pelo qual Henrique IV garantiu certos direitos aos huguenotes franceses, e a Paz de Vestfália (1648), que reconheceu a coexistência de confissões distintas no interior do Sacro Império Romano-Germânico, são marcos relevantes dessa transição.⁴

No plano filosófico, coube a John Locke, em sua célebre Carta Acerca da Tolerância (1689), oferecer os primeiros fundamentos liberais para a separação entre Estado e Igreja e para o reconhecimento de que a crença pertence ao foro íntimo do indivíduo, esfera que ao poder civil não é dado alcançar.⁵ Para Locke, o magistrado civil cuida dos interesses civis — vida, liberdade, saúde e propriedade — e não deve imiscuir-se na salvação das almas. A crença sincera, argumentava, não pode ser imposta por força externa; se coagido, o homem pode fingir crer, mas não crer de fato.

A Revolução Francesa e, antes dela, a independência das colônias norte-americanas traduziram esses ideais em documentos normativos de peso. A

4 Mousnier, Roland. *História Geral das Civilizações*. Tomo IV. Tradução Vítor Ramos e J Guinsburg. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960, p. 354

5 LOCKE, John. *Carta Acerca da Tolerância*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção Os Pensadores), p. 7.

Declaração de Direitos da Virgínia (1776) proclamou que a religião deve ser regida apenas pela razão e pela convicção, não pela força. A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos (1791) proibiu o Congresso de estabelecer uma religião oficial ou de proibir o livre exercício religioso. Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) consagrou que ninguém deve ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

No Brasil, o processo foi gradual. O Império manteve o catolicismo como religião oficial, embora tolerasse outros cultos em caráter privado. A República, instaurada em 1889, operou a separação entre Igreja e Estado e inaugurou um regime de liberdade religiosa ampla, consolidado já na Constituição de 1891. Desde então, todas as constituições brasileiras repetiram, em alguma medida, a proteção à liberdade de crença, tendo a Constituição de 1988 alcançado o nível mais elaborado de tutela dessa liberdade.

2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fundamentação filosófica da liberdade de crença como direito basilar da pessoa humana repousa em ao menos três grandes tradições do pensamento político-jurídico moderno: o jusnaturalismo, o liberalismo político e a teoria dos direitos fundamentais de matriz contemporânea.

Para o jusnaturalismo, há direitos que decorrem da própria natureza humana e que preexistem à ordem positiva. A capacidade de interrogar o absoluto, de formular concepções sobre o transcendente e de agir em conformidade com as próprias convicções de consciência é atributo inalienável da condição humana. Negar esse direito seria negar a própria humanidade do indivíduo, submetendo-o a uma heteronomia radical incompatível com sua dignidade.

O liberalismo político, na vertente que encontra em John Rawls um de seus principais expoentes contemporâneos, parte do conceito de pluralismo razoável para justificar a neutralidade do Estado em matéria religiosa. Numa sociedade marcada por doutrinas abrangentes e irreconciliáveis — morais, filosóficas e religiosas —, o Estado liberal deve abster-se de privilegiar qualquer concepção

particular do bem, assegurando a todos o espaço para viver segundo suas próprias convicções, desde que não violem os direitos dos demais.

Na teoria contemporânea dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio advertiu que o problema atual desses direitos não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.⁶ A liberdade de crença insere-se na primeira geração dos direitos fundamentais — os direitos de liberdade ou direitos civis —, que exigem do Estado, primariamente, uma abstenção: o dever de não interferir na esfera da consciência individual. Contudo, como se verá adiante, a proteção efetiva dessa liberdade implica também prestações positivas do Estado, como a garantia do livre exercício dos cultos e a repressão à intolerância religiosa.

3. A LIBERDADE DE CRENÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O juiz federal Ubiratan do Couto Maurício, professor da Universidade Católica de Pernambuco com reconhecida trajetória no estudo das relações entre direito e religião, ao proferir palestra no Tribunal de Justiça de Pernambuco, asseverou que o artigo 5º da Constituição Federal, ao descrever os direitos fundamentais dos cidadãos, especifica que a liberdade de consciência e de crença não pode ser violada, de modo que a lei garante que o culto religioso é livre para todos os brasileiros, devendo ser protegidos os locais considerados sagrados para cada credo, bem como os símbolos e elementos religiosos⁷, sendo inadmissível, nos dias atuais, ainda nos depararmos com casos de intolerância religiosa.⁸

A observação do magistrado sublinha o espírito que animou o constituinte de 1988. Com efeito, o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal estabelece que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado

6 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ARE 1.249.095/SP, Rel. Min. Cristiano Zanin, julgado em 27/11/2024 (Repercussão geral – Tema 1.086) (Info 1160).

8 MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. Palestra proferida no Tribunal de Justiça de Pernambuco por ocasião do lançamento da obra *Ensaio Processuais Civis: Da TGP aos Recursos*. Recife: TJPE, 2023. Disponível em: <<https://portal.tjpe.jus.br>>.

o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.⁹ O inciso VII assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; e o inciso VIII veda que alguém seja privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei.

O arcabouço constitucional é ainda complementado pelo artigo 19, inciso I, que proíbe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público na forma da lei. Consagra-se, assim, o Estado laico, que não é um Estado hostil à religião, mas um Estado neutro, que tutela igualmente todas as confissões e protege o pluralismo religioso como expressão da diversidade humana.

Para Canotilho, os direitos fundamentais cumprem função de defesa, função de prestação, função de proteção perante terceiros e função de não-discriminação.¹⁰ No que respeita à liberdade de crença, todas essas funções encontram expressão no texto constitucional brasileiro: a inviolabilidade da consciência representa a dimensão defensiva; a proteção aos locais de culto, a dimensão prestacional e protetiva; e a vedação de discriminação por motivo religioso, a dimensão de igualdade.

4. DIMENSÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA: CONSCIÊNCIA, CRENÇA E CULTO

A doutrina constitucionalista costuma distinguir, no interior do que genericamente se denomina liberdade religiosa, ao menos três dimensões interdependentes: a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988, art. 5º, VI.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

culto. José Afonso da Silva aponta que a liberdade de consciência é a mais ampla dessas três, abrangendo toda e qualquer convicção íntima do indivíduo, religiosa ou não; a liberdade de crença, por sua vez, diz respeito especificamente ao direito de professar ou não uma religião e de mudar de credo; já a liberdade de culto envolve o direito de exteriorizar a crença por meio de práticas, ritos, cerimônias e manifestações públicas ou privadas.¹¹

Essa tripartição tem relevância prática considerável. Enquanto a liberdade de consciência e a liberdade de crença operam predominantemente no plano interior da pessoa — e, portanto, são absolutas no sentido de não admitir interferência estatal em seu núcleo —, a liberdade de culto projeta-se no espaço público, onde pode entrar em tensão com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, sujeitando-se a limitações proporcionais e razoáveis impostas pelo legislador ou pelo juiz.

A liberdade de não ter religião — ou de professar uma visão agnóstica ou ateísta — está igualmente protegida pelo ordenamento constitucional. A Constituição de 1988 não tutela apenas o crente; tutela a consciência humana em sua plenitude, seja ela orientada para o sagrado, seja indiferente a ele, seja explicitamente contrária a qualquer concepção sobrenatural. O Estado laico não pode privilegiar a crença em detrimento da descrença, nem impor coercitivamente ritos ou símbolos religiosos no espaço público, sob pena de violar a neutralidade que lhe é constitucionalmente imposta.

Paulo Bonavides, ao tratar da teoria dos direitos fundamentais, assinala que esses direitos possuem uma dimensão objetiva que ultrapassa os interesses subjetivos individuais e impregna toda a ordem jurídica, funcionando como valores supremos da comunidade constitucional.¹² Sob essa perspectiva, bem explorada pelo constitucionalista cearense, a liberdade religiosa não é apenas um escudo individual contra intervenções do Estado; ela é também uma diretriz objetiva que orienta a atuação de todas as funções estatais e que deve ser observada inclusive nas relações entre particulares, por força da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

11 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 249-252.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 578.

5. A LIBERDADE DE CRENÇA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No plano internacional, a liberdade de pensamento, consciência e religião encontra proteção no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que proclama que toda pessoa tem direito a essa liberdade, incluindo a faculdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a de manifestar a religião ou convicção, sozinha ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.¹³

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), do qual o Brasil é parte, reproduz e aprofunda essa proteção no artigo 18, acrescentando que ninguém pode ser objeto de medidas coercitivas que possam prejudicar sua liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, 1969), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 678/1992, prevê no artigo 12 proteção análoga, com especial ênfase na liberdade de manifestar a própria religião ou crença.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, em seu Comentário Geral n. 22 (1993), esclareceu que a proteção do artigo 18 do Pacto não se limita às religiões tradicionais ou às práticas similares às das religiões tradicionais, alcançando também convicções não teístas e ateístas, bem como o direito de não professar nenhuma religião. Essa interpretação extensiva reflete o compromisso do Direito Internacional com o pluralismo e com a dignidade da pessoa humana em toda a sua diversidade.

A incorporação dos tratados de direitos humanos ao ordenamento brasileiro dá-se com status supralegal, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada a partir do julgamento do RE 466.343 (2008), ou com status de emenda constitucional, quando aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º, da Constituição. Em qualquer caso, os compromissos internacionais do Brasil em matéria de liberdade religiosa reforçam a proteção constitucional interna e oferecem parâmetros interpretativos relevantes para os operadores do direito.

13 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 de dezembro de 1948, art. 18.

6. INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E A TUTELA PENAL E CIVIL

A proclamação constitucional da liberdade de crença seria letra morta se não acompanhada de instrumentos efetivos de repressão à intolerância religiosa. O legislador ordinário tratou de preencher essa lacuna por meio de normas penais e civis que criminalizam os atos discriminatórios fundados em motivo religioso e asseguram reparação às vítimas de tais condutas.

A Lei n. 7.716/1989 foi ampliada pela Lei n. 9.459/1997 e pela Lei n. 14.532/2023 para incluir expressamente, entre os crimes por ela tipificados, as condutas discriminatórias motivadas por preconceito de religião, além de prever penas diferenciadas para racismo recreativo e religioso.¹⁴ Assim, praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional passou a ser crime com penas que variam de um a três anos de reclusão e multa, podendo ser majoradas quando praticadas por meio de comunicação social ou publicação.¹⁵

7. LIMITES DA LIBERDADE DE CRENÇA E A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Nenhum direito fundamental é absoluto. A liberdade de crença, embora dotada de núcleo inviolável no plano da consciência íntima, admite restrições quando sua manifestação externa — o culto, a pregação, a organização institucional — colidir com outros valores constitucionais, como a saúde pública, a segurança, a proteção de crianças e adolescentes ou a dignidade de terceiros.

Jayme Weingartner Neto identifica os conflitos típicos envolvendo a liberdade religiosa: o conflito entre crença e obrigações cívicas (como o serviço militar e a realização de exames médicos); o conflito entre práticas rituais e normas de proteção animal¹⁶; o conflito entre a mensagem religiosa e a ve-

14 BRASIL. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Congresso Nacional, 1989.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 494.601/RS. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 28 mar. 2019. *DJe*, Brasília, 25 nov. 2019.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 494601/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Edson Fachin, julgado em 28/3/2019 (Info 935).

dação ao discurso de ódio; e o conflito entre a autonomia das organizações religiosas e os direitos individuais de seus membros.¹⁷

A técnica constitucionalmente adequada para a solução desses conflitos é a ponderação de interesses, fundada no princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Robert Alexy formulou com precisão esse instrumental ao sustentar que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios — mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível à luz das condições fáticas e jurídicas existentes.¹⁸

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 611.874/DF, fixou que é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre os candidatos e a ausência de ônus desproporcional à Administração Pública. Esse precedente ilustra como a técnica da ponderação permite compatibilizar a liberdade religiosa com outros princípios constitucionais sem que nenhum deles seja simplesmente suprimido.

8. O ESTADO LAICO E A LIBERDADE RELIGIOSA COMO VALORES COMPLEMENTARES

Um equívoco comum é supor que o Estado laico e a liberdade religiosa encontram-se em tensão irremediável. Na verdade, esses dois princípios são complementares e mutuamente dependentes. O Estado laico existe precisamente para garantir que nenhuma confissão religiosa possa impor sua visão de mundo a toda a sociedade, assegurando, dessa forma, o pluralismo que é condição de possibilidade da liberdade de crença para todos¹⁹.

A laicidade não implica hostilidade à religião, nem banimento do fenôme-

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 611.874/DF. Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 26 nov. 2020. *DJe*, Brasília, 12 abr. 2021.

18 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XI.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 4439/DF, rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 27/9/2017 (Info 879).

no religioso do espaço público. Implica, isso sim, a neutralidade institucional do Estado: este não pode estabelecer uma religião oficial, favorecer determinadas confissões em detrimento de outras, utilizar argumentos exclusivamente religiosos para fundamentar decisões políticas vinculantes, nem impor práticas religiosas a quem não as escolheu livremente. O espaço público democrático é plural e deve permanecer aberto a todas as vozes, inclusive as religiosas, desde que submetidas às exigências da razão pública.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 859.376, firmou que é constitucional a utilização de vestimentas ou acessórios relacionados à crença ou religião nas fotos de documentos oficiais, desde que não impeçam a adequada identificação individual, com rosto visível, afirmando que a laicidade estatal, compreendida como não confessionalidade, não implica abstenção do Estado diante de questões religiosas, mas antes impõe uma postura de acolhimento e equanimidade perante o pluralismo.

A distinção traçada pela jurisprudência constitucional evidencia que o Estado laico é, em última análise, o guardião da liberdade religiosa de todos: ao abster-se de favorecer qualquer crença, protege igualmente todas elas e garante que o espaço público seja vivenciado em condições de igualdade por crentes e não crentes.

9. DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

O século XXI trouxe desafios novos e complexos para a liberdade de crença. O crescimento das plataformas digitais transformou o espaço de manifestação religiosa, mas também criou novos vetores de disseminação da intolerância. O discurso de ódio religioso na internet representa uma das fronteiras mais difíceis do ponto de vista regulatório, pois exige compatibilizar a liberdade de expressão — que abrange a manifestação de convicções religiosas — com o dever de proteção à dignidade de grupos historicamente vulnerabilizados, como as religiões de matriz africana.

Outro desafio diz respeito à cláusula de consciência nas relações de trabalho e de prestação de serviços públicos. Em que medida pode um profissional da saúde recusar-se a realizar determinado procedimento com fun-

damento em objeção de consciência religiosa²⁰? Em que medida pode um servidor público recusar-se a celebrar casamento entre pessoas do mesmo sexo alegando convicção religiosa contrária? Essas questões não têm respostas simples e demandam a cuidadosa ponderação dos direitos em conflito, com atenção especial para os direitos dos usuários dos serviços e para a vedação de discriminação.

Jorge Miranda, constitucionalista português de grande influência no pensamento jurídico português e brasileiro, ao sistematizar os direitos fundamentais, sublinha que a liberdade religiosa representa uma das expressões mais genuínas da dignidade da pessoa humana, dado que o homem, ser dotado de inteligência e vontade, não pode ser reduzido a instrumento de qualquer poder, e sua consciência há de permanecer livre diante do Estado.²¹ Para o professor português, os direitos fundamentais não são concessões do poder constituinte, mas sim o reconhecimento de realidades que antecedem o próprio Estado. A liberdade de crença de grupos minoritários — as religiões afro-brasileiras, as religiões indígenas, as novas tradições espirituais — é, nessa perspectiva, um direito que o ordenamento descobre, não que ele cria.

10. A EFETIVIDADE DA LIBERDADE DE CRENÇA

A efetividade de um direito fundamental mede-se não apenas pela sua proclamação normativa, mas pela existência de mecanismos concretos que tornem possível o seu exercício e que reprimam as violações a ele. No caso da liberdade de crença, a efetividade passa por ao menos quatro dimensões: a legislativa, a jurisdicional, a administrativa e a cultural.

Na dimensão legislativa, o Brasil dispõe de um conjunto razoável de normas protetivas, já mencionadas, que criminalizam a intolerância religiosa e garantem o exercício do culto. Lacunas subsistem, porém, especialmente no que diz respeito à proteção de práticas religiosas indígenas e ao tratamento jurídico da objeção de consciência em diversas situações.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 1.212.272/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/09/2024 (Repercussão Geral – Tema 1.069) (Info 1152).

21 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 57-62.

Na dimensão jurisdicional, os precedentes do Supremo Tribunal Federal demonstram que a jurisdição constitucional brasileira tem avançado progressivamente na tutela da liberdade de crença, reconhecendo-a como um direito pleno e não como uma concessão graciosa do Estado. A legitimidade ativa ampla para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, assegurada a diferentes entidades da sociedade civil, incluindo organizações religiosas, fortalece esse controle.

Na dimensão administrativa, os órgãos públicos têm obrigação de implementar políticas de promoção da igualdade religiosa, de capacitar seus agentes para lidar com a diversidade de crenças e de garantir que os serviços públicos sejam prestados sem discriminação fundada em motivo religioso.

Por fim, a dimensão cultural é talvez a mais fundamental, pois é no campo das mentalidades e das práticas cotidianas que a intolerância religiosa se reproduz com maior força. A educação para os direitos humanos, o diálogo inter-religioso, o reconhecimento da contribuição das diversas tradições espirituais para a formação da identidade nacional e o respeito à alteridade religiosa são componentes indispensáveis de uma cultura democrática que leve a sério o valor da liberdade de crença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de crença constitui um dos pilares mais antigos e mais essenciais dos sistemas de direitos fundamentais. Sua afirmação histórica foi lenta e custosa, marcada por guerras, perseguições e sofrimentos que a humanidade não pode olvidar. Sua positivação nas constituições liberais e democráticas do Ocidente representou uma virada civilizatória, cujo alcance ainda não foi plenamente realizado em muitas partes do mundo.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagrou a liberdade de crença no mais elevado patamar normativo, associando-a ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao projeto de construção de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem progressivamente densificado o conteúdo desse direito, fixando parâmetros para sua aplicação em situações concretas e resistindo às tentativas de esvaziamento promovidas por maiorias circunstanciais.

A lição de Ubiratan do Couto Maurício, ao afirmar que é inadmissível nos dias de hoje nos depararmos ainda com casos de intolerância religiosa, encerra uma dimensão normativa e uma dimensão ética que se interpenetram: o ordenamento jurídico proíbe a intolerância; a consciência moral de uma sociedade democrática deve repudiá-la. Entre a norma e a realidade, contudo, persiste uma distância que somente a efetividade dos instrumentos jurídicos, aliada à transformação cultural profunda, será capaz de suprimir.

Compreender a liberdade de crença como direito fundamental é reconhecer que o ser humano não se reduz às suas dimensões materiais e sociais: há nele uma esfera de interioridade, de busca de sentido e de relação com o absoluto — ou com a ausência dele — que nenhum poder pode legitimamente reivindicar para si. Proteger essa esfera é condição de possibilidade de toda convivência verdadeiramente livre e dignamente humana.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.249.095/SP**. Rel. Min. Cristiano Zanin. Julgado em 27 nov. 2024. Repercussão Geral – Tema 1.086. Informativo n. 1.160.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.439/DF**. Rel. orig. Min. Roberto Barroso. Red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 27 set. 2017. Informativo n. 879.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário n. 1.212.272/AL**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 set. 2024. Repercussão Geral – Tema 1.069. Informativo n. 1.152.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 494.601/RS**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 28 mar. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Recurso Extraordinário n. 494.601/RS**. Rel. orig. Min. Marco Aurélio. Red. p/ o ac. Min. Edson Fachin. Julgado em 28 mar. 2019. Informativo n. 935.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário n. 611.874/DF**. Rel. para o acórdão Min. Edson Fachin. Julgado em 26 nov. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 abr. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

MAURÍCIO, Ubiratan do Couto. **Palestra proferida no Tribunal de Justiça de Pernambuco por ocasião do lançamento da obra Ensaios Processuais Cíveis: da TGP aos Recursos**. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 2023. Disponível em: <https://portal.tjpe.jus.br>.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOUSNIER, Roland. **História geral das civilizações**. Tomo IV. Tradução de Vitor Ramos e J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960.

AS CÔRTESES CONSTITUCIONAIS E A DINÂMICA DO PODER

THE CONSTITUTIONAL COURTS AND THE DYNAMICS OF POWER

Hélio Sílvio Ourém Campos

Pós-Doutorado pela Universidade Autónoma de Lisboa

Pós-doutorado pela Universidade Clássica de Lisboa

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e

Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e

pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa - (Equivalência)

Professor Titular e Membro do Conselho Superior da

Universidade Católica de Pernambuco (Graduação,

Mestrado e Doutorado)

Líder de Grupo de Pesquisa - CNPq:

“Política e Tributação: aspectos materiais e processuais”.

Juiz Federal

RESUMO: A construção consciente da cidadania, em um Estado Democrático de Direito, como no caso do Brasil, exige a atenção voltada para os modelos que outros Estados Democráticos vêm aplicando. Não se trata de uma transposição acrítica do direito estrangeiro, mas, parece de boa cautela, não importar institutos jurídicos isoladamente, sem amparo em uma visão histórica e da dinâmica social do seu entorno. É, dentro desta perspectiva, que irá adiante a primeira parte destes estudos, mantendo, sob especial atenção, as Côrtes Constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Côrtes Constitucionais; poder; direito; Brasil.

ABSTRACT: *The conscious construction of citizenship in a democratic state of law, such as Brazil, require the attention turned to the models that other democratic states are applying. It is not an uncritical transposition of foreign law, but seems in good care, not importing legal institutions alone, without support in a vision of historical and social dynamics of their environment. It is, within this perspective, that will forward the first of these studies, keeping, in mind the special, Constitutional Cortes.*

KEYWORDS: *Constitutional Cortes; power; right; Brazil.*

INTRODUÇÃO

O “Caso Marbury”. Em 1803, houve o famoso precedente “Marbury vs. Madison”.

O juiz Marbury foi nomeado magistrado de um tribunal de distrito por John Adams, então presidente conservador dos EUA, em final de mandato, e derrotado pelo republicano Thomas Jefferson na luta pela Casa Branca.

Madison foi designado secretário de Estado de Thomas Jefferson, e não queria confirmar a referida nomeação.

Assim, Jefferson, buscando pressionar o juiz-presidente Marshall, apelou ao “poder dos estados” contra o “órgão não eleito e irresponsável” do judicial federal.

Foi, nestas circunstâncias, que o juiz-presidente Marshall estabeleceu um verdadeiro marco doutrinário sobre o princípio da constitucionalidade e as atividades de fiscalização da conformidade das normas inferiores perante a lei fundamental.

O juiz-presidente Marshall, em seu pronunciamento no caso, começou a dizer que a função primeira da Constituição é a de identificar os poderes do governo, enumerando-os ou limitando-os. Esta limitação para ser eficaz traz imanente a lógica da existência de uma lei superior, que se ergue acima das leis ordinárias. Logo, todos os atos inferiores colidentes com a lei fundamental estarão desrespeitando-a. Daí, a função de um tribunal seria a de esclarecer o alcance das normas, e aplicá-las aos casos concretos.

Assim, com base nos poderes deferidos aos juízes pela própria Constituição norte- americana (art. 3º, seção II, número I, e art. 6º, seções II e III), caberia ao Supremo Tribunal a revisão judicial de casos que implicassem em dúvidas instaladas entre a lei fundamental e as normas inferiores.

Note-se que, entre a derrota de John Adams, 1800, e o “Caso Marbury”, em 1803, havia uma evidente contenda política, ao lado da questão jurídica.

A solução encontrada trouxe grandes repercussões históricas para a prática constitucional no mundo, mas não representava, necessariamente, uma ideia dominante.

Tanto não era bem assim que, no caso “Eaking vs. Raub”, de 1825, o juiz estadual do Supremo da Pensilvânia, Gibson, pronunciava-se em direção oposta, afirmando que a magistratura federal não teria competência de *judicial review*; ou, então, esta referida competência deveria estender-se a todos os outros órgãos de soberania, que também juraram guardar a Constituição.

Outro mito sobre a doutrina de Marshall foi o de que possuiria a intenção de interpretar extensivamente a Constituição e de adotar meios de atualização analógica, permitindo-se, assim, aos juízes um papel excepcional de interferência política, pois, se as palavras pudessem ser, pela interpretação, reescritas, a atividade judicial em muito se aproximaria da atividade de legislar.

No entanto, o próprio Marshall, no precedente “Gibbons vs. Ogden”, afirmou (Cf. ROGÉRIO, 1993, p. 155)¹:

Os esclarecidos patriotas que construíram a nossa Constituição e o povo que a adoptou devem considerar-se como tendo empegue as palavras no seu sentido natural e como tendo querido dizer o que disseram (...) não conhecemos nenhuma regra para interpretar a Constituição, para além das que nos são dadas pela linguagem do instrumento.

Portanto, esta discussão que confere aos juízes um caráter excepcional de interferência política é algo bastante antigo, cabendo, por ora, recordar das duas vertentes que se instalaram no direito norte-americano. De um lado, os “atualistas”, e, de outro, os “originalistas”.

Entre os atualistas, são apresentados precedentes de reforço. Por exemplo, o caso “McCulloch vs. Maryland”, 1819. Aqui, os magistrados disseram que estavam a interpretar uma Constituição “que durará séculos”, e que deveriam adaptá-la ao tempo que estava a passar.

Contrapondo-se a esta compreensão, afirmavam os originalistas ou literalistas que existiam as emendas à Constituição, e que se afastar da “intenção

1 ROGÉRIO, Nuno. **Constituição dos EUA**, anotada e seguida de Estudos sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos. Lisboa: Usis gradiva publicações Lda, 1993.

original” dos seus autores apenas seria permitido através de aditamentos, segundo o processo previsto no próprio texto da lei fundamental.

Mas os adaptacionistas, que defendem uma interpretação atualizada da Constituição, não se rendem, e afirmam que os juízes do Supremo só estariam realmente aplicando o texto constitucional, se puderem deduzir consequências para a atualidade.

Mas a guerra de argumentos continua, respondendo os originalistas que se os juízes são os guardas da Constituição, quem guardaria os guardas? Ou seja, também é preciso estabelecer limites contra o ativismo judicial.

Os atualistas, entretanto, advertem que é moroso o processo de reforma constitucional e de emenda (um sistema de bloqueios e atrasos na produção normativa, por vezes, corresponde à ideia federalista dos *checks and balances*), e atualizá-la, pela via da interpretação, seria uma forma de impedir que a lei fundamental passasse a ser um documento morto, onde não são encontradas respostas para as grandes questões nacionais.

Estejam os atualistas ou os originalistas com a razão, o fato é que o Supremo Tribunal norte-americano aparece com um papel de profundo realce diante das grandes polêmicas políticas dessa sociedade, passando pela proteção das liberdades individuais, pela consolidação da natureza jurídica dos poderes da União nos EEUU, pela fixação dos limites do mecanismo de *checks and balances*, por questões relativas a regimes econômicos durante a Grande depressão e o New Deal etc.

Neste diapasão, cabe a leitura atenta do art. 3º, Seção I, da Lei Fundamental norte-americana: “O poder judicial dos Estados Unidos será atribuído a um Supremo Tribunal e a tribunais inferiores que forem oportunamente definidos e estabelecidos pelo Congresso. Os juízes, tanto do Supremo como dos tribunais inferiores, *manter-se-ão nos seus cargos enquanto bem servirem* e receberão por períodos determinados uma remuneração pelos seus serviços, que não poderá ser reduzida durante a sua permanência no cargo.”

Assim, a Constituição procurou manter a independência dos tribunais perante os poderes legislativo e executivo. Naturalmente, esta foi a palavra-chave: independência.

Logo, o tema central é o da independência e os mecanismos como ela poderia vir a ser atingida e mantida.

Daí, a afirmação de que os juízes seriam mantidos nos cargos “enquanto bem servirem”. Conclui-se que são vitalícios, salvo se forem condenados por crime de responsabilidade. Protege-se os juízes tanto do presidente que os nomeou, quanto dos subsequentes. O que se pretende é protegê-los das pressões quer venham do Congresso, ou de outras ordens.

É, por isto, que se registra a preocupação com a remuneração dos juízes, de modo que o Congresso não a reduza a níveis tão baixos que forcem os mesmos a pedir demissões.

Em todo o tempo, o assunto central é o da independência do órgão judicial, menos pelos juízes, e evidentemente em face das grandes questões nacionais e individuais da cidadania.

Relembrando, contudo, o art. 78, do *The Federalist*, escrito por Alexander Hamilton, o que se pretende não é a superioridade do judiciário sobre o legislativo, mas que o poder do povo seja superior a ambos, e, daí, se a vontade do povo, declarada na Constituição, vier a ser afrontada pela vontade do legislador, é a vontade do povo, presente na lei básica, que deve prevalecer.

Certamente, esta perspectiva não precisaria conduzir ao chamado “governo dos juízes”, mas à garantia da Constituição como norma fundamental.

Assim, se os poderes do Supremo são enormes, e os seus membros duráveis e persistentes, pois nunca se demitiriam, mesmo alguns dos chamados pais fundadores (*founding fathers*) desconfiavam do potencial carácter tirânico do indesejado surgimento de uma supermagistratura federal.

É, por isto, que o art. 3º, do Texto de 1787, embora deposite num “Supremo tribunal o poder judicial dos EUA”, deixou ao Congresso competência para, por lei, organizar a restante estrutura dos tribunais federais.

Em suma, todo o sistema foi construído não para os juízes, mas para garantir a independência de modo que eles possam dizer a vontade do povo sem o medo das pressões políticas, econômicas ou de outras ordens.

Assim, do Caso “*Marbury vs. Madison*”, para além de extrair a missão específica dos tribunais e a ideia da limitação dos poderes, avistando a Cons-

tuição como lei suprema, é preciso tomar em conta a ideia de limite dentro de um juízo de equilíbrio.

A destruição da presunção de constitucionalidade de uma lei, como tarefa excepcional que é, continua a lançar desafios de aprimoramento de controles, de modo a revitalizar permanentemente a ideia de limite, inclusive no que se refere à própria Suprema Corte.

Esta é uma tarefa em permanente construção, que, ainda no século XXI, desenvolve-se, por exemplo, nas novas Constituições dos países do leste europeu.

Talvez por isto, cerca de 120 anos depois do caso “Marbury”, transparece inegável a influência deste precedente na confecção da Constituição austríaca de 1920, embora existam diferenças claras, como no caso dos efeitos da decisão judicial.

O art. 89, da Constituição austríaca assinalou que os tribunais ordinários não teriam faculdade para examinar a validade das leis devidamente promulgadas.

Mas criou um Tribunal especial: o Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), que poderia examinar a validade de uma lei.

Eis a via do art. 140, que permitia ao Tribunal decidir a petição do Governo Federal sobre a inconstitucionalidade das leis provinciais e a petição de um Governo provincial sobre a inconstitucionalidade das leis federais.

Além disto, pelo art. 188, adicionado por emenda de 30.07.1925, também podendo analisar a validade de uma lei já publicada, ou um projeto de lei destinado a ser submetido à decisão de um corpo legislativo.

Foi a partir de 1929, por disposição expressa da Lei de Reformas da Constituição Federal, que se determinou que o Tribunal Constitucional deveria decidir sobre a inconstitucionalidade de leis federais ou de leis provinciais, mediante petição do Tribunal Supremo (Oberstergerichtshof) ou do Tribunal Supremo Administrativo (Verwaltungsgerichtshof), quando a lei de que se trate sirva como base de uma sentença a ser prolatada pelo Tribunal Supremo que fez a petição.

Lembre-se de que Hans Kelsen, em uma comunicação à sessão em 1928, do Instituto Internacional de Direito Público, sugeriu que seria conveniente

permitir o exercício de tais faculdades a uma minoria derrotada do corpo legislativo que houvera aprovado uma lei inconstitucional.

Uma outra diferença entre o sistema austríaco e o norte-americano era a de que, no sistema austríaco, as questões constitucionais não seriam analisadas em um juízo de primeira instância, mas diretamente perante um tribunal de última instância.

Em outras palavras, a apreciação do conceito e do controle de constitucionalidade não é uma obra acabada, nem mesmo no que atine à estrutura, à organização e ao funcionamento dos muitos Tribunais Constitucionais que foram, na prática, ratificando a possibilidade do estabelecimento de limites para o poder, mediante a conferência de independência para os juízes.

São muitos os problemas que aí se avizinham.

A partir de agora, portanto, será feita a apresentação da organização e da estrutura de alguns Tribunais Constitucionais pelo mundo, pois se a consolidação destas ideias, há pouco expostas, ainda está se desenvolvendo, parece adequada uma análise de direito comparado.

Quanto ao Tribunal Constitucional português. A legislação que o rege começa a ser apontada na Lei n. 28, de 15 de novembro de 1982, que dispõe sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional. Foi emanada da Assembleia da República, nos termos do art. 244, da Lei Constitucional n. 1, de 30 de setembro de 1982.

Esta Lei vem sofrendo várias alterações, entre outras, a saber: a) normas constantes da versão original da Lei do Tribunal Constitucional, eliminadas pela alínea d, do art. 3º, da L. N. 85, de 7 de novembro de 1989. Entre os assuntos modificados, destacam-se as alterações na primeira designação dos juízes do Tribunal Constitucional e as providências orçamentárias relativas à execução da própria lei; b) a L. n. 13-A, de 26 de fevereiro de 1998, que traz alterações à Lei sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional.

Desde já, observe-se a possibilidade constitucional de erigir reflexões de estrutura e de funcionamento dos Tribunais Constitucionais, não constituindo estes importantes temas cláusulas pétreas ou núcleos inalteráveis dentro de um moderno constitucionalismo democrático e pluripartidário.

Aqui, dou destaque à Apresentação, no Plenário da Assembleia da República, da Proposta de Lei n. 130/II – organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, *um texto inserido no Diário da Assembleia da República, 2ª Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, 1ª Série, n. 134, de 8 de outubro de 1982.*

Na abertura dos trabalhos, o então Ministro para os Assuntos Parlamentares, Marcelo Rebelo de Sousa, afora saudar a Assembleia da República, registrou que a dita Assembleia ali se tratava de um “órgão de soberania que dispõe de competência exclusiva para exercer o poder de revisão constitucional, bem como para legislar sobre as matérias que se prendem com os domínios mais relevantes da estrutura do Estado e da sua organização política, económica e social.”

É, nesta índole de relevância, mas também de alterabilidade, que o constitucionalista Marcelo Rebelo de Sousa, professor catedrático da Universidade de Lisboa, iniciou com alguns registros históricos sobre a natureza dos Tribunais Constitucionais, e também sobre o modo como isto estava desenvolvendo-se até aquela época.

Vale à pena registrar o caminho europeu da aversão ao controle, passando pelo controle por órgãos estritamente políticos, pela influência de um direito norte-americano concreto até o próprio Tribunal Constitucional, que estava e continua, ainda, a moldar-se (SOUZA, 1982, pp. 108/110):

Falar da evolução histórica dos sistemas orgânicos de fiscalização da constitucionalidade é falar da própria história do constitucionalismo moderno e contemporâneo.

(...)

O constitucionalismo moderno, nascido na Europa da matriz da Revolução Francesa, desconhecia ou era mesmo avesso a qualquer sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis. De facto, uma das linhas constitucionais saídas da revolução de 1789 – a linha liberal – consagrava o parlamentarismo puro, a soberania parlamentar, o primado indiscutível da

lei, como expressão genérica e abstracta da vontade colectiva. Daí que a geração das constituições liberais do século XX, ou excluíssem a fiscalização da constitucionalidade das leis ou a cometessem a órgãos essencialmente políticos, nomeadamente ao próprio Parlamento.

(...)

Na própria França, até 1946, apenas as Constituições do ano VIII e de 1852 previram a fiscalização da constitucionalidade, atribuindo-a a órgãos políticos (...)

Mas da Revolução Francesa derivou também uma outra linha constitucional – de feição antiliberal - preconizando um sistema de governo convencional, de concentração de poderes.

(...)

Simplesmente, não é em qualquer das duas linhas referidas do constitucionalismo europeu que mergulha as suas raízes o sistema de fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais. É na história norte-americana, e, mais concretamente, na prática constitucional seguida pelos Estados Unidos da América desde 1803.

(...)

Pouco a pouco, entre as duas grandes guerras, generaliza-se, na Europa, a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, sob a forma difusa, ou seja distribuída pelos diversos tribunais, muitas vezes cumulativamente com a clássica fiscalização pelo Parlamento. Foi o caso dos direitos suíço, norueguês, dinamarquês e grego, onde o controle jurisdicional se radicou mesmo sem disposição constitucional expressa.

Simultaneamente, entre 1920 e 1931, Tribunais Constitucionais surgiam na Áustria, na Checoslováquia e na Espanha. A 2ª Grande Guerra veio acelerar o processo iniciado décadas antes. Estados onde subsistia a exclusão do controle da cons-

tucionalidade das leis adoptaram a fiscalização pelo Parlamento ou sua emanção. Assim, a França em 1946. Estados em que tal garantia era competência predominante ou reservada de órgãos políticos acentuaram a componente jurisdicional, mesmo difusa.

Assim, a Itália, de 1948 a 1956. Estados que tinham experimentado a fiscalização jurisdicional difusa concentraram-na num só Tribunal – ou o Supremo Tribunal, como na Irlanda ou no Japão, ou num novo Tribunal Constitucional, para o efeito criado, como na Itália, na República Federal da Alemanha, em Chipre, na Turquia em 1961, na Grécia em 1968, e, mais recentemente, na vizinha Espanha.

Era uma fase histórica que começava. Depois da aversão do Estado liberal a qualquer fiscalização da constitucionalidade das leis; após a consagração deste controle com o advento do Estado social de direito, com a crise da lei em sentido material e com a relativização do parlamentarismo absoluto; passado o período de exclusiva garantia político-parlamentar da constitucionalidade das leis; ensaiada a fiscalização jurisdicional difusa de origem norte-americana – chegava-se à fiscalização tendencialmente concentrada ou pelo menos uniformizada pelo novo Tribunal Constitucional. Frutificara a semente Kelseniana da Constituição austríaca de 1920.

Claro que esta evolução só foi vivida em estados com regime político democrático e com pluralismo partidário. No chamado estado de legalidade socialista, o modelo inicial manteve-se, rigidamente, e não vingou, salvo excepções como Jugoslávia, a fiscalização jurisdicional autónoma da constitucionalidade das leis.²

2 SOUZA, Marcelo Rebelo de. **Diário da Assembléia da República**, Portugal, 2ª Legislatura, 2ª Sessão Legislativa, 1ª Série, n. 134, de 8 de outubro de 1982, p. 5644-5645. Link: < <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/02/02/134/1982-10-07?sft=true#p5644>>. Acesso em: 26/05/2026

Assim, é de se considerar que, do ponto de vista histórico, os Tribunais Constitucionais são bastante recentes, e, dentro de um regime democrático que consagra um pluralismo partidário, é mesmo uma expectativa estudá-los e propor possibilidades de mudanças.

Quanto às fórmulas para a sua composição. Uma das mais usuais é a de cumular magistrados de carreira com personalidades políticas e jurídicas. A escolha, contudo, poderá ser decorrente de diversos órgãos governamentais, e não apenas do Poder Executivo, mesmo que com a arguição, ou mera homologação, do Poder Legislativo ou de uma sua fração.

Em verdade, a fórmula de escolha dos membros do Tribunal Constitucional está diretamente ligada ao problema da partidarização. Por isto, no processo de votação do Tribunal Constitucional português, levantou-se o tema de que seria difícil afirmar que um Governo seja apartidário, ou mesmo que a maioria que ampara o Governo nas suas votações seja apartidária.

Assim, se é um determinado Governo e uma determinada maioria parlamentar que escolhe os juízes de um Tribunal Constitucional; a partir da sua própria composição, o referido Tribunal terá dificuldades em revelar-se com garantias de apartidarismo.

Tornar transparente e aberto a reflexões das comunidades este embate é algo fundamental, é um direito fundamental de cidadania.

Para reduzir esta possibilidade de partidarização, há quem proponha um sistema de lista fechada, ao invés da votação separada de nomes específicos. Contra o sistema de lista, no processo de votação do Tribunal Constitucional português, avocou-se o “negócio consciente das forças partidárias”, o que seria uma espécie do que se chamou de “almocismo”.

Explique-se melhor. Previamente, nos almoços dos dirigentes partidários, cozinhar-se a lista, e, depois, bastaria fazer funcionar a “máquina de votação” no Plenário. Assim, a lista quer numerada, ou por letra, conduziria à partidarização dos juízes do Tribunal Constitucional, cujos nomes não se submeteriam ao teste explícito do Plenário.

É de se notar, contudo, que, na formação das listas, poderia haver uma reserva proporcional por cada Partido. De fato, haveria a partidarização, mas esta não seria mascarada e monopolizada pela maioria que funda o Governo.

Insista-se: do tipo de eleição dos juízes do Tribunal Constitucional, em boa medida, dependerá as futuras decisões. Logo, quer se concorde com o sistema de lista, ou não, o que não se pode é desconhecer e analisar o processo eleitoral de escolha ou recrutamento.

Por isto, no procedimento de discussão para a instituição do Tribunal Constitucional português, chegou-se a se referir quanto ao tema sob o caráter de “questão passional da composição do Tribunal Constitucional”.

Afirmava-se que a composição deste Tribunal precisaria dar uma mínima garantia de outorga de credibilidade, isenção e dignidade ao órgão, esfumando aos menores laivos de imparcialidade. Em outras palavras, não se poderia extrair um Tribunal com uma maioria serviente.

Não se tratava, apenas, de restrições de idade, de formação intelectual, de cidadania, de cumulação com outras atividades profissionais ou do estabelecimento de maiorias qualificadas para as votações dos temas centrais de Estado. Nem mesmo, tão somente, da criação de obstáculos processuais em cadeia, onde se joga com as desigualdades econômicas impedindo ou dificultando excessivamente o acesso ao Tribunal.

Era preciso evitar a ideia de um Tribunal em que o poder, quer econômico, quer político, tem sempre razão.

Para que se constituísse um verdadeiro progresso a criação de um Tribunal Constitucional seria preciso vencer a atitude de desconfiança decorrente da eleição destes juízes.

Não bastaria um período mínimo de licenciatura, quer dos próprios juízes, quer dos advogados que militam perante o Tribunal.

Dispondo o Tribunal sobre temas tão fundamentais ao Estado e à população, até mesmo seria de indagar sobre a oportunidade de, em um Tribunal com composição reduzida, permitir-se o julgamento em sessões ou câmaras, e não recolher todas elas para o plenário. Evitaria-se, assim, uma espécie de mini-Tribunal Constitucional ou um Tribunal Constitucional de via reduzida.

Ainda dentro do tema da despartidarização do corpo de juízes do Tribunal Constitucional, aparece como elemento central a vitaliciedade dos mesmos.

Sobre isto, demonstrou-se ter havido consenso quando da instituição do Tribunal Constitucional português.

Não seria saudável a vitaliciedade para estes juízes, nem mesmo para aqueles deputados que, aparentemente, pretendessem maleabilizar os mandatos.

O Deputado António Muniz fez registrar, quando indagava por esclarecimentos ao Ministro e Professor Marcelo Rebelo de Sousa: “Além de algumas críticas já aqui levantadas, queria transmitir ao Sr. Ministro algumas dúvidas que se me põem. “A primeira é o facto de os juízes não poderem ser reconduzidos consecutivamente mais do que uma vez. Eu sei que não se pode exigir, nem seria saudável, que estes cargos fossem vitalícios”, mas atendendo à falta de técnicos especializados, e atendendo muitas vezes à possibilidade de esses mesmos técnicos não pretenderem aceitar a proposta de preenchimento do lugar constitucional ...”.

Sobre a vitaliciedade, respondeu Marcelo Rebelo de Sousa: “Efectivamente penso que há boas razões para não se prolongar por mais de 12 anos o exercício de funções por juízes do Tribunal Constitucional, basta olhar para os mandatos dos órgãos de soberania que em certo caso são de alguma maneira objecto de intervenção do Tribunal Constitucional, nomeadamente o Presidente da República, e por outro lado “pela preocupação de não criar, através de um exercício longo de funções, um excessivo, não diria governo dos juízes, mas um excessivo emodorramento no funcionamento do Tribunal Constitucional”.

Atualmente, o mandato é de 9 anos; e não renovável.

Mas, diante de todas estas discussões, cabe a referência da situação atual do Tribunal Constitucional português, quanto ao relevante tema da sua composição. A legislação é minudente, como se verá a seguir.

É a partir do art. 12º que se define a disciplina normativa sobre a composição e constituição do Tribunal: “art. 12º 1. O Tribunal Constitucional é composto por 13 juízes, sendo 10 designados pela Assembleia da República e 3 cooptados por estes. 2. Seis de entre os juízes designados pela Assembleia

da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juízes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.”

Quanto aos requisitos de elegibilidade, vem o art. 13º: “1. Podem ser eleitos juízes do Tribunal Constitucional os cidadãos portugueses no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos que sejam doutores, mestres ou licenciados em direito ou juízes dos restantes tribunais. 2. Para efeito do número anterior, só são considerados os doutoramentos, os mestrados e as licenciaturas por escola portuguesa ou oficialmente reconhecidos em Portugal.”

Quanto às candidaturas, vem o art. 14º: “1. As candidaturas, devidamente instruídas com os elementos de prova da elegibilidade dos candidatos e respectivas declarações de aceitação de candidatura, são apresentadas em lista completa por um mínimo de 25 e um máximo de 50 Deputados, perante o Presidente da Assembleia da República, até cinco dias antes da reunião marcada para a eleição. 2. As listas propostas à eleição devem conter a indicação de candidatos em número igual ao dos mandatos vagos a preencher. 3. Nenhum Deputado pode subscrever mais de uma lista de candidatura. 4. Compete ao Presidente da Assembleia da República verificar os requisitos de elegibilidade dos candidatos e demais requisitos de admissibilidade das candidaturas, devendo notificar, em caso de obscuridade ou irregularidade, o primeiro subscritor para, no prazo de 2 dias, esclarecer as dúvidas ou suprir as deficiências. 5. Da decisão do Presidente cabe recurso para o Plenário da Assembleia da República.”

Quanto à relação nominal dos candidatos, vem o art. 15º: “Até 2 dias antes da reunião marcada para a eleição, o Presidente da Assembleia da República organiza a relação nominal dos candidatos, a qual é publicada no Diário da Assembleia da República.”

Quanto à votação, vem o art. 16º: “1. Os boletins de voto contêm todas as listas de candidatura apresentadas, integrando cada uma delas os nomes de todos os candidatos por ordem alfabética, com identificação dos que são juízes dos restantes tribunais. 2. Ao lado de cada lista de candidatura figura um quadrado em branco destinado a ser assinalado com a escolha

do eleitor. 3. Cada Deputado assinala com uma cruz o quadrado correspondente à lista de candidatura em que vota, não podendo votar em mais de uma lista, sob pena de inutilização do respectivo boletim. 4. Consideram-se eleitos os candidatos que obtiverem o voto de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. 5. A lista dos eleitos é publicada na 1ª série-A do Diário da República, sob a forma de resolução da Assembleia da República, no dia seguinte ao da eleição.”

Quanto à reunião para cooptação, vem o art. 17º: “1. Ocorrendo vagas de juízes cooptados, são as mesmas preenchidas pelos juízes eleitos pela Assembleia da República em reunião a realizar no prazo de 10 dias. 2. Cabe ao juiz mais idoso marcar o dia, hora e local da reunião e dirigir os trabalhos e ao mais novo servir de secretário. 3. Ocorrendo vagas de juízes eleitos pela Assembleia da República e de juízes cooptados, são aquelas preenchidas em primeiro lugar.”

Quanto à relação nominal dos indigitados, vem o art. 18º: “1. Após discussão prévia, cada juiz eleito pela Assembleia da República indica em boletim, que introduz na urna, o nome de um juiz dos restantes tribunais ou de um jurista, devendo o presidente da reunião, findo o escrutínio, organizar a relação nominal dos indigitados. 2. A relação deve conter nomes em número igual ou superior ao das vagas a preencher, incluindo os de juízes dos restantes tribunais em número pelo menos suficiente para preenchimento da quota de lugares a estes reservada e ainda não completada, repetindo-se a operação as vezes necessárias para aquele efeito.”

Quanto à votação e designação, vem o art. 19º: “1. A cada juiz cooptante é distribuído um boletim de voto do qual constem, por ordem alfabética, os nomes de todos os indigitados. 2. À frente de cada nome figura um quadrado em branco destinado a ser assinalado com a escolha do cooptante. 3. Cada cooptante assinala com uma cruz os quadrados correspondentes aos indigitados em que vota, não podendo votar num número de indigitados superior ao das vagas a preencher, nem num número de indigitados que não sejam juízes dos restantes tribunais que afecte a quota de lugares a estes reservada, sob pena de inutilização do respectivo boletim. 4. Considera-se designado o

indigitado que obtiver um mínimo de 7 votos na mesma votação e que aceitar a designação. 5. Se após 5 votações não tiverem sido preenchidas todas as vagas, organiza-se nova relação nominal para preenchimento das restantes, observando-se o disposto no artigo anterior e nos ns. 1 a 4 do presente artigo. 6. Feita a votação, o presidente da reunião comunica aos juízes que tiverem obtido o número de votos previstos no n. 4 para que declarem por escrito, no prazo de 5 dias, se aceitam a designação. 7. Em caso de recusa, repete-se, para preenchimento da respectiva vaga, o processo previsto nos números e artigos anteriores. 8. A cooptação de cada indigitado só se considera definitiva depois de preenchidas todas as vagas. 9. A lista dos cooptados é publicada na 1ª Série-A do Diário da República, sob a forma de declaração assinada pelo juiz que tiver dirigido a reunião, no dia seguinte ao da cooptação.”

Quanto à posse e juramento, vem o art. 20º: “1. Os juízes do Tribunal Constitucional tomam posse perante o Presidente da República no prazo de 10 dias, a contar da data da publicação da respectiva eleição ou cooptação. 2. No acto de posse prestam o seguinte juramento: *“Juro por minha honra cumprir a Constituição da República Portuguesa e desempenhar fielmente as funções em que fico investido.”*

Quanto ao período de exercício, vem o art. 21º: “1. Os juízes do Tribunal Constitucional são designados por “um período de nove anos”, contados da data da posse, e cessam funções com a posse do juiz designado para ocupar o respectivo lugar. 2. “O mandato dos juízes do Tribunal Constitucional não é renovável”. 3. Os juízes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completem 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato.”

Quanto à independência e à inamovibilidade, vem o art. 22º: “Os juízes do Tribunal Constitucional são independentes e inamovíveis, não podendo as suas funções cessar antes do termo do mandato para que forem designados, salvo nos casos previstos no artigo seguinte.”

Quanto à cessação de funções, vem o art. 23º: “1. As funções dos juízes do Tribunal Constitucional cessam antes do termo do mandato quando se verifique qualquer das situações seguintes: a) morte ou impossibilidade

física permanente; b) renúncia; c) aceitação de lugar ou prática de acto legalmente incompatível com o exercício das suas funções; d) demissão ou aposentação compulsiva, em consequência de processo disciplinar ou criminal. 2. A renúncia é declarada por escrito ao presidente do Tribunal, não dependendo de aceitação. 3. Compete ao Tribunal verificar a ocorrência de qualquer das situações previstas nas alíneas a, c e d do n. 1, devendo a impossibilidade física permanente ser previamente comprovada por 2 peritos médicos designados também pelo Tribunal. 4. A cessação de funções em virtude do disposto no n. 1 é objecto de declaração que o presidente do Tribunal fará publicar na 1ª Série-A do Diário da República.”

REFERÊNCIAS

AGUILÓ LUCÍA, Lluís *et al.* **El Tribunal Constitucional**. v. 1. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

BORGES, José Ferreira. **Princípios de Syntelologia: comprehendendo em geral a Theoria do Tributo, e em particular observaçoens sobre a administração, e despesas de Portugal, em grande parte applicáveis ao Brazil**. 2. ed. Lisboa: Typ. da Sociedade Propagadora dos Conhecimentos Uteis, 1844.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. Disponível em: <http://www.ourem.cjb.net>.

CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. **Curso de direito fiscal**. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 1972.

CHIAVARIO, Mario; GIORGIS, Andrea. **Codice della giustizia costituzionale**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. **Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais**. Lisboa: LEX, 1997.

COSTANZO, Pasquale. **L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor *et al.* **El Tribunal Constitucional**. v. 2. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

FAVEIRO, Vítor. **O estatuto do contribuinte: a pessoa do contribuinte no Estado Social de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

GONZÁLES, Eusébio. Nuevos caminos en torno al viejo propósito de burlar la ley tributaria inconveniente. In: **Estudos em homenagem ao professor doutor Pedro Soares Martinez**. v. 2. Lisboa: Almedina, 2000.

LEI do Tribunal Constitucional: organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora.

MAZZA, Mauro. **La giustizia costituzionale in Europa orientale**. v. 94. Verona: CEDAM, 1999. ISBN 88-13-22446-X.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) na prática da Corte Constitucional Alemã**. Separata da *Revista da Faculdade de Direito*. Lisboa, 1992.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do patrimônio cultural**. Lisboa: Almedina, 2001.

ROGÉRIO, Nuno. **Constituição dos EUA, anotada e seguida de estudos sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos**. Lisboa: USIS; Gradiva Publicações, 1993.

VASQUES, Sérgio. **O princípio da equivalência como critério de igualdade tributária**. Lisboa: Almedina, 2008.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Diário da Assembleia da República**. Portugal, 2. Legislatura, 2. Sessão Legislativa, 1. Série, n. 134, 8 out. 1982, p. 5644-5645. Disponível em: <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/02/02/134/1982-10-07?sft=true#p5644>. Acesso em: 26 maio 2026.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Organização, fundamento e processo do Tribunal Constitucional: anexo: proposta de lei – apresentação e debate –**

actas da comissão – votação e declarações de voto. Lisboa: Assembleia da República, 1984.

XAVIER, Alberto Pinheiro. **Política orçamental e economia de mercado: a experiência americana do após-guerra.** Lisboa, 1970.

**REGULAÇÃO ECONÔMICA, FALHAS DE MERCADO E
DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

***ECONOMIC REGULATION, MARKET FAILURES AND
COMPETITION POLICY: AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE
ECONOMIC ANALYSIS OF LAW***

Aderaldo Cavalcanti da Silva Júnior

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade
de Marília. Mestre em Direito e Desenvolvimento
Sustentável pelo Centro Universitário de João
Pessoa. Especialista em Direito Tributário,
Direito Público, Direito Constitucional e Direito
Concorrencial. Procurador do Município de João
Pessoa. Advogado. Autor de artigos jurídicos
Bacharel em Letras

Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti

Juiz Federal. Especialista em Direito
Previdenciário. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

INTRODUÇÃO

A intensificação da intervenção estatal na ordem econômica, especialmente a partir do processo de Reforma do Estado iniciado no Brasil na década de 1990, impôs uma profunda reconfiguração das formas tradicionais de atuação do poder público. A superação do modelo do Estado interventor e a consolidação do Estado Regulador deslocaram o eixo da intervenção direta para mecanismos normativos e institucionais voltados à organização, supervisão e correção do funcionamento dos mercados. Nesse contexto, a regulação econômica passou a desempenhar papel central na conformação de setores estratégicos, na mitigação de falhas de mercado e na promoção de condições mínimas de eficiência, estabilidade e proteção do interesse público.

A análise econômica do direito oferece instrumental teórico particularmente relevante para compreender as justificativas e os limites dessa atuação regulatória. Ao articular categorias econômicas, como eficiência, racionalidade dos agentes, custos de transação e falhas de mercado, com institutos jurídicos próprios do Direito Administrativo e do Direito Econômico, esse campo analítico permite avaliar de forma crítica tanto as insuficiências do mercado quanto os riscos inerentes à intervenção estatal. Externalidades, bens públicos, estruturas monopolísticas e assimetrias de informação revelam-se, nesse sentido, fundamentos clássicos da regulação, ao mesmo tempo em que evidenciam a necessidade de escolhas institucionais complexas, marcadas por soluções de *“second best”*.

Paralelamente, a expansão da atividade regulatória trouxe consigo o desafio da legitimidade, da racionalidade decisória e da transparência na produção normativa. A incorporação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) ao processo decisório administrativo surge como resposta institucional a esse desafio, buscando qualificar a intervenção estatal por meio da avaliação prévia de alternativas, impactos e custos regulatórios. A AIR não elimina a discricionariedade administrativa, mas impõe deveres de fundamentação e racionalidade compatíveis com a densidade técnica e econômica das decisões regulatórias contemporâneas.

Por fim, a regulação econômica não pode ser compreendida de forma isolada em relação à política de defesa da concorrência. A convivência entre regulação econômica e antitruste estrutura-se como um arranjo necessariamente tensionado, no qual coexistem complementariedade funcional e sobreposição de competências. A compreensão desse relacionamento exige uma leitura sistemática da Constituição brasileira e das racionalidades institucionais que orientam tanto a atuação *ex ante* dos reguladores setoriais quanto a intervenção *ex post* das autoridades concorrenciais. É a partir desse conjunto articulado de problemas que o presente trabalho se propõe a examinar a regulação econômica, as falhas de mercado e a defesa da concorrência sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

1. REGULAÇÃO E INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que o Estado dispõe de diferentes formas de intervenção no domínio econômico, as quais se manifestam conforme a intensidade e a finalidade da atuação estatal. Segundo o autor, essa intervenção pode ocorrer, em primeiro lugar, como sujeito ativo da atividade econômica, hipótese em que o próprio Estado assume participação direta na exploração de atividades econômicas, seja por meio de empresas estatais, seja mediante entidades da administração indireta. Em segundo lugar, o Estado pode atuar na qualidade de agente regulador, disciplinando e condicionando o comportamento dos particulares por intermédio de normas gerais, atos administrativos e do exercício do poder de polícia, com o objetivo de ordenar o mercado e assegurar a realização de interesses públicos relevantes. Por fim, destaca-se a função fomentadora, pela qual o Estado, sem substituir a iniciativa privada, promove estímulos, incentivos e benefícios destinados a orientar ou impulsionar determinadas atividades econômicas consideradas social ou estrategicamente desejáveis.¹

Conforme assevera Leila Cuéllar, ao Estado é possível intervir no processo econômico, na qualidade de produtor, ou seja, de sujeito ativo, realizando ativi-

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 588.

dade econômica em sentido estrito (mediante instituição de monopólio estatal ou concorrendo com os particulares), ou enquanto prestador de serviço público.²

Neste sentido, manifesta-se Eros Roberto Grau, contrapondo a noção de serviço público à de atividade econômica. A lição desse autor é imprescindível à compreensão hodierna da matéria. Aduz que atividade econômica em sentido estrito e serviço público são espécies do gênero atividade econômica e que serviço público é atividade econômica em sentido amplo que o Estado pratica com intuito de promover um benefício individualizado e passível de utilização direta pelo cidadão.

Afirma Grau que *“A prestação de serviço público está voltada a satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos”* e que serviço público *“é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.”* Por estas razões, conclui que serviço público é espécie de atividade econômica em sentido amplo.³

No mesmo diapasão, e dialogando diretamente com as lições de Eros Roberto Grau, Marçal Justen Filho destaca a impossibilidade de se estabelecer uma distinção absoluta e estanque entre serviço público e atividade econômica. O autor observa que ambas as categorias se inserem no âmbito mais amplo da atuação estatal no domínio econômico, diferenciando-se sobretudo pelos critérios de finalidade, regime jurídico e lógica de funcionamento. Nesse sentido, assinala que a atividade econômica em sentido estrito se caracteriza pela possibilidade de exploração econômica lucrativa, desenvolvida segundo os princípios que orientam a atividade empresarial e a lógica de mercado. Já o serviço público, embora constitua uma atividade passível de avaliação econômica e, portanto, integrante da atividade econômica em sentido amplo, distingue-se por sua orientação primordial ao bem comum, o que justifica a

2 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 49.

3 Eros Grau assinala que a Constituição Federal de 1988 adota os termos “atividade econômica” em dois sentidos diversos. Em alguns dispositivos o texto constitucional se refere a atividade econômica em sentido estrito (art. 173, *caput* e § 1º), mas em outras ocasiões alude a atividade econômica em sentido amplo, gênero que abrange atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos (arts. 174 e 170, *caput*).

assunção, direta ou indireta, de sua prestação pelo Estado e a submissão a um regime jurídico diferenciado.

Acrescenta Justen Filho que o *“núcleo do conceito de atividade econômica em sentido estrito é a racionalidade econômica, visando à obtenção do lucro, segundo o princípio do utilitarismo. Em princípio, o conceito de atividade econômica em sentido estrito pressupõe a utilização especulativa da propriedade privada, visando precipuamente à realização do interesse dos particulares”*.⁴

Ademais, esse autor sublinha que a relevância da distinção da intervenção estatal que se faz pelo desempenho de atividade econômica ou mediante a prestação de serviço público se prende à diversidade de regime jurídico a que cada qual se submete, pois a atividade de natureza econômica sujeita-se a regime próximo do direito privado, ainda que os princípios gerais do direito público continuem aplicáveis. Já o desempenho de serviço público submete-se a regras inerentes ao direito público.⁵

É importante salientar que o desempenho de atividade econômica em sentido estrito está reservado à iniciativa privada, sendo possível ao Estado participação excepcional, subsidiária, em consonância com o disposto nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal. Tais artigos da Carta Magna impõem que a participação do Estado tenha como premissa exigências de «segurança nacional» ou «relevante interesse coletivo», sempre subordinando a participação estatal ao «regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários», excetuadas as hipóteses de monopólio outorgado à União, a exemplo do que dispõe o artigo 177 da Carta Federal.

Neste setor vigoram os princípios da liberdade de iniciativa e da liberdade de concorrência, entendidos, respectivamente, como a faculdade de acesso ao mercado, ao exercício das atividades econômicas, sem necessidade de autorização prévia do poder público, ressalvadas as exceções legais, e a possibili-

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 56-57.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 55.

dade de conquistar a clientela, da forma que for mais conveniente, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.⁶

Em relação aos serviços públicos, ao contrário, não se aplicam os princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência. Os serviços públicos se submetem ao regime jurídico de direito público, caracterizado pelo predomínio, dentre outros cânones, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. O regime de direito público é um regime jurídico de proteção diferenciada, com imunidades e prerrogativas especiais, tanto para a Administração em relação aos titulares da gestão, como para o serviço frente a terceiros.

Ao conceituar regulação como a “atividade normativa pela qual o governo condiciona, corrige, altera os parâmetros naturais e espontâneo do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos”, Gaspar Ariño Ortiz estabelece uma distinção entre duas modalidades: a polícia econômica e a regulação econômica.⁷ A chamada polícia econômica corresponde à regulação externa, voltada às condições em que a atividade econômica se realiza, abrangendo aspectos como segurança, salubridade, proteção ambiental e a própria localização física das atividades.

Por sua vez, a regulação econômica incide diretamente sobre setores sujeitos à intervenção estatal, “centrando-se fundamentalmente na entrada e saída da atividade (em muitos casos, mediante concessões) e afetando as condições econômicas em que a atividade se desenvolve: o quantum de produção, as zonas ou mercados em que atua cada empresa, os preços ou retribuições que percebem em decorrência da atividade e o negócio mesmo em que consiste a atividade”.⁸

6 A liberdade de iniciativa permite aos particulares a livre criação e desenvolvimento de uma atividade econômica e determina que o Estado se abstenha de intervir nesta seara. Conforme destacado, a exploração estatal direta de atividade econômica deve ser subsidiária à atuação privada, baseando-se em necessidade imperiosa de segurança nacional ou em relevante interesse coletivo, conforme definição legal. A liberdade de concorrência pressupõe a liberdade de iniciativa econômica e corresponde à faculdade que possui o agente econômico de conquistar a clientela da maneira que lhe aprouver, desde que não o faça por meio de práticas que configurem concorrência desleal ou mediante utilização de formas de atuação que deteriam a concorrência. Confira-se em Eros Grau (*Princípio da livre concorrência - função regulamentar e função normativa*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1993, n°4, p. 124).

7 ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 52.

8 ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 303.

1.1. O REGIME E A NATUREZA JURÍDICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Leila Cuéllar desenvolve uma análise sistemática do regime jurídico das agências reguladoras brasileiras, situando-as no âmbito do Direito Administrativo e examinando criticamente a sua natureza jurídica. A autora parte do reconhecimento de que tais entidades foram concebidas no contexto da reforma do Estado e da redefinição do papel estatal na economia, o que explica a necessidade de modelos institucionais distintos daqueles tradicionalmente conhecidos pela dogmática administrativa.⁹

Do ponto de vista formal, Cuéllar sustenta que as agências reguladoras devem ser compreendidas como autarquias, uma vez que possuem personalidade jurídica de direito público, são criadas por lei específica e integram a Administração Pública indireta. Todavia, essa classificação não é suficiente para apreender integralmente o seu regime jurídico, pois as agências apresentam peculiaridades que as afastam do modelo clássico de autarquia administrativa, justificando a consagração da categoria das autarquias especiais.¹⁰

A noção de autarquia especial, segundo a autora, está diretamente vinculada à atribuição de um conjunto de garantias institucionais voltadas à preservação da função regulatória. Entre essas garantias, destaca-se a independência administrativa, concebida como condição indispensável para que a regulação seja exercida de forma técnica, estável e previsível. Essa independência não implica desvinculação do Estado, mas representa um mecanismo de proteção contra ingerências políticas imediatistas, capazes de comprometer a racionalidade econômica e jurídica da atuação regulatória.

Outro elemento essencial da natureza especial das agências reguladoras refere-se à autonomia financeira, que se manifesta, em regra, pela possibilidade de gestão de receitas próprias e pela relativa liberdade na alocação de recursos orçamentários. Para Cuéllar, essa autonomia constitui instrumento

9 ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 87–104.

10 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87–104.

relevante para assegurar a efetividade das atribuições regulatórias, evitando que limitações financeiras impostas por outros órgãos da Administração comprometam a continuidade e a qualidade da atividade reguladora.

A autora também atribui especial relevo à estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras. A previsão de mandatos fixos e a restrição das hipóteses de exoneração antecipada configuram mecanismos institucionais destinados a reforçar a independência decisória dos administradores. Tal estabilidade busca impedir que alterações conjunturais no cenário político resultem em mudanças abruptas na orientação regulatória, preservando a confiança dos agentes econômicos e a segurança jurídica dos mercados regulados.¹¹

Não obstante o reconhecimento dessas prerrogativas, Cuéllar enfatiza que a especialidade das agências não as exime da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, nem as coloca à margem dos sistemas de controle. Ao contrário, a atuação das agências reguladoras permanece sujeita a múltiplas instâncias de fiscalização, incluindo o controle legislativo, o controle exercido pelos tribunais de contas, o controle judicial e os mecanismos de controle interno. A autora sublinha que a autonomia conferida às agências deve ser compreendida como funcional e instrumental, jamais como forma de soberania administrativa ou de afastamento da legalidade.

Nesse sentido, Cuéllar rejeita a ideia de que as agências reguladoras representariam uma ruptura com a estrutura constitucional do Estado brasileiro. Para a autora, o regime jurídico especial dessas entidades deve ser interpretado à luz do Estado Democrático de Direito, de modo a compatibilizar eficiência regulatória, controle institucional e legitimidade democrática. A especialidade das agências, portanto, não reside na negação do Direito Administrativo clássico, mas em sua adaptação às exigências contemporâneas da função reguladora.¹²

11 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87–104.

12 CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 87–104.

1.2. DA REFORMA DO ESTADO DOS ANOS 1990 À CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO REGULADOR E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Para o adequado exame das agências reguladoras, impõe-se, senão como opção metodológica, ao menos como exigência analítica, a realização de um breve retrospecto histórico acerca da origem e da consolidação desses entes no direito brasileiro. As agências reguladoras foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio no contexto da adoção de um novo modelo organizacional do Estado, surgindo de forma diretamente associada ao denominado processo de Reforma do Estado. Tal movimento ganhou especial relevo no Brasil a partir da década de 1990, com o objetivo de enfrentar a crise estrutural então vivenciada pelo aparato estatal, promovendo sua reconstrução institucional, racionalização funcional e fortalecimento de sua capacidade de atuação.

Esse processo reformista teve como pano de fundo o crescimento desmesurado do Estado Social¹³, decorrente da ampliação contínua de suas atribuições e do alargamento de sua intervenção direta na economia. O Estado passou a assumir a responsabilidade pela prestação de uma multiplicidade de atividades e serviços, notadamente nos setores de infraestrutura, como transportes e comunicações, acumulando funções produtivas, administrativas e regulatórias. A esse cenário somaram-se a organização burocrática excessivamente rígida, os elevados níveis de gasto público, a crise fiscal persistente e a ineficiência administrativa, fatores que, em conjunto, evidenciaram os limites do modelo estatal então vigente. Tal conjuntura revelou-se indicativa de uma crise de modelo, apontando de forma inequívoca para a necessidade de sua revisão e reestruturação.

Como registra Luiz Carlos Bresser-Pereira, a crise do Estado brasileiro manifestou-se sob três dimensões centrais: uma crise fiscal, marcada pela incapacidade de financiamento sustentável das funções estatais; uma crise do

13 O modelo de Estado Social se caracteriza pelo intervencionismo estatal na ordem econômica e social, como instrumento para promoção do bem-estar comum, através do desenvolvimento nacional e da adoção de um sistema justo de distribuição de riquezas. Neste sentido se manifesta Modesto Carvalhosa, afirmando que, no Estado Social, a ordem econômica possui finalidade de justiça social, almejando garantir a todos condições dignas de vida, de bem-estar comum e desenvolvimento. (*Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 61).

modo de intervenção do Estado na economia, decorrente da ineficiência do Estado empresário e da inadequação de suas formas tradicionais de atuação; e uma crise da administração pública burocrática, caracterizada por estruturas pouco flexíveis, baixa eficiência e reduzida capacidade de resposta às demandas sociais e econômicas. Para enfrentar esse conjunto de problemas, tornou-se necessário redimensionar o papel do Estado, revendo sua participação direta no capital e na gestão de empresas públicas, reformulando as estruturas administrativas e repensando a subsistência de regimes regulatórios e monopólios estatais que, em muitos casos, obstaculizavam a livre iniciativa e a livre concorrência no mercado.¹⁴

A reforma implica, então, reestruturação do papel do Estado. Dirige-se ao estabelecimento de um novo modelo estatal, denominado por Juan Carlos Cassagne de “Estado subsidiário”. Sobre a noção de Estado subsidiário, assim se manifesta Cassagne:

“Suas características predominantes o qualificam como uma organização binária que se integra com uma unidade de hierarquia superior que exerce as funções indelegáveis (justiça, defesa, seguridade, relações exteriores, legislação), pertencentes ao Estado como comunidade perfeita e soberana, unidade que se completa ao próprio tempo com outra, mediante funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores que cumprem uma missão supletiva da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). Neste contexto canaliza-se a realização do bem comum, com predomínio do Direito Público nas estruturas e procedimentos das funções indelegáveis e com recurso a formas privadas ou mistas para a atividade supletiva, conforme o objeto perseguido em cada caso (se a atividade for industrial ou comercial, a atuação da empresa será regulada pelo Direito Privado).”¹⁵

É nesse contexto de redefinição das funções estatais e de reorganização das formas de intervenção do poder público que se insere o surgimento das agên-

14 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 31.

15 PERROT, Abedelo. **La intervención administrativa**. Buenos Aires: 1994, p. 110.

cias reguladoras no direito brasileiro. Tais entidades passam a desempenhar papel central na mediação entre a atuação estatal e a iniciativa privada, assumindo a função de disciplinar setores estratégicos da economia segundo critérios técnicos, estabilidade normativa e racionalidade econômica. A criação das agências reguladoras, portanto, não representa mera opção administrativa, mas constitui expressão institucional do novo modelo estatal delineado no processo de Reforma do Estado, voltado à superação das disfunções do Estado empresário e à construção de um ambiente regulatório capaz de compatibilizar interesse público, eficiência econômica e promoção da concorrência.

1.3 SITUANDO O CONCEITO DE ESTADO SUBSIDIÁRIO

Através do Estado subsidiário busca-se uma participação estatal somente em setores qualificados de essenciais e a consequente diminuição de sua ingerência nas demais áreas, justificando-se a intervenção do Estado na economia somente de forma subsidiária, complementar.

Consoante expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da subsidiariedade passou a assumir importância fundamental na redefinição do papel do Estado, estando na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático: “Cabe a este *promover; estimular; criar condições* para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a *participação* do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.”¹⁶

A autora arrola algumas tendências decorrentes da aplicação do princípio da subsidiariedade: 1 - ideia de diminuição do tamanho do Estado, pela privatização; 2 - necessidade de ampliação da atividade de fomento, face à multiplicação dos interesses a serem protegidos na sociedade pluralista; 3 - crescimento das técnicas de fomento e dos inúmeros instrumentos de parceria do setor público com o privado; 4 – a subsidiariedade está na base da desregulamentação, pela qual se busca estabelecer novo equilíbrio entre liberdade e autoridade; 5 - alteração na noção de interesse público que se reflete sobre

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.26.

a própria organização da Administração Pública, com repúdio à forma burocrática de organização, por exemplo, para obter-se maior qualidade e eficiência na prestação dos serviços. Observa também que devem ficar a cargo do ente soberano as atividades que lhe são próprias, como a segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia; e as atividades sociais, como a educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência, e as atividades econômicas (industriais, comerciais ou financeiras) devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade, quer dizer, o Estado só deve exercer-las em caráter supletivo da iniciativa privada, quando esta for deficiente.¹⁷

Entendido o Estado Subsidiário como uma opção societária sobre o nível de interferência estatal na esfera privada, ele se apresenta resumido na máxima: o governo deve fazer pelos cidadãos somente aquilo que eles não puderem fazer por si próprios, e nada mais. Trata-se, portanto, de noção que engloba ditames de orientação política de predomínio da iniciativa privada sobre a pública, de consequente limitação da atuação estatal, mas, ao mesmo tempo, de atribuição ao Estado da função de fomento, coordenação e fiscalização da iniciativa privada para potencialização dos negócios dos particulares, ou mesmo o incremento de parcerias público-privadas para o fim de subsídio à iniciativa privada.¹⁸

Enquanto mera orientação política de dosagem cuidadosa do nível de interferência estatal na economia, o princípio da subsidiariedade não afirma, nem infirma o Estado Regulador. Dito princípio pode reger o discurso de um chefe de governo com pretensões de expansão da regulação estatal, sem que isso afete o nível de interferência na economia, desde que dita interferência se justifique para o fim de preservação das regras equânimes de interação negocial privada em determinado setor regulado, ou seja, desde que se justifique para o fim de preservação do ambiente mercadológico pertinente.¹⁹

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.26.

18 Vide DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 25.

19 ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2023, p. 24-25.

A desconexão entre o princípio da subsidiariedade e o Estado Regulador exsurge, contudo, quando ao conceito de Estado Subsidiário agrega-se a ideia de que os direitos fundamentais individuais são melhor garantidos pela ausência do Estado, o que contraria o pressuposto de que a atuação estatal reguladora é essencial à conexão entre os riscos da atividade econômica e a sociedade política, que pretende ter sua voz presente na constante reorientação política para preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos, enquanto ameaçados por distorções produzidas por um *mercado livre*.²⁰

Portanto, quando o Estado Subsidiário deixa de servir como guia político de dosagem da interferência estatal, mediante o princípio da subsidiariedade, para se apresentar com formatos totalizantes de ideal de eliminação da atuação estatal, somente aí dito Estado Subsidiário deixa de contribuir para a noção de Estado Regulador e passa a miná-la.

2. FALHAS DE MERCADO COMO JUSTIFICATIVA DA REGULAÇÃO

A microeconomia ocupa-se do estudo das causas de falhas de mercado e dos possíveis meios para corrigi-las. O conceito de falha de mercado, dentro da teoria econômica, refere-se a circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições refletem desvios das condições ideais de um sistema competitivo: indivíduos e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, passam a agir em dissonância com o interesse social.²¹

Em regra, os indivíduos e agentes econômicos tendem a direcionar suas decisões exclusivamente à avaliação dos custos e benefícios privados que recaem diretamente sobre si, desconsiderando, total ou parcialmente, os efeitos mais amplos de suas escolhas sobre terceiros e sobre a coletividade. Esse comportamento é compatível com o pressuposto da racionalidade econômica,

20 ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2023, p. 25.

21 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 73

segundo o qual os agentes buscam maximizar sua própria utilidade, mas revela uma dissociação relevante entre a racionalidade individual e o interesse social. Para enfrentar esse descompasso, torna-se necessário promover o alinhamento entre objetivos privados e objetivos sociais, por meio da criação de incentivos institucionais, normativos ou econômicos que induzam os agentes racionais a incorporar, em seus cálculos decisórios, a totalidade dos custos e benefícios gerados por suas ações.

Nesse contexto, as falhas de mercado podem ser compreendidas como situações em que a atuação orientada pelo puro autointeresse individual conduz a resultados socialmente indesejáveis ou economicamente ineficientes. Tais falhas manifestam-se, com frequência, em cenários marcados por assimetrias de informação, nas quais nem todos os agentes dispõem do mesmo nível de conhecimento; por estruturas de mercado não competitivas, como oligopólios e monopólios; por monopólios naturais, em que economias de escala inviabilizam a concorrência; bem como pela presença de externalidades ou de bens públicos, cujas características impedem a adequada formação de preços pelo mercado. A identificação dessas circunstâncias é, tradicionalmente, utilizada como fundamento teórico para a intervenção governamental em mercados específicos, seja com o objetivo de corrigir distorções alocativas, seja para mitigar perdas de bem-estar e promover resultados mais eficientes do ponto de vista social.

Tal análise desempenha um papel importante no que se refere às decisões sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços e salários e regulamentos, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nestes casos, há uma escolha entre os resultados imperfeitos, isto é, os do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Nesses casos, devemos lidar com a lógica da melhor alternativa (*second best*), reconhecendo as limitações do mundo real. Estudos econômicos já mostraram que, em casos em que uma restrição do mundo real impede a obtenção do resultado ótimo no sentido de Pareto, a melhor alternativa pode não ser aquela que tenta aproximar-se do cenário

ideal'. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado o resultado do livre mercado não é Pareto-eficiente.²²

Os economistas neoclássicos e keynesianos acreditam que atuações governamentais podem influenciar positivamente o resultado ineficiente de mercados que apresentam falhas. Nesse sentido, Lapo Berti afirma: o *“bom funcionamento [do mercado] depende não apenas de uma robusta pressão concorrencial, que constitui, comumente, o ingrediente essencial, mas ainda da presença de algumas outras condições que raramente são determinadas espontaneamente”*²³. A seguir capítulo, estudaremos em maiores detalhes as principais falhas de mercado identificadas pela teoria, notadamente: (i) externalidades; (ii) monopólios; e (iii) assimetria de informações.

2.1. EXTERNALIDADES NEGATIVAS E POSITIVAS

Segundo o conceito adotado neste trabalho, as externalidades constituem a falha de mercado mais importante a ser estudada, na medida em que é possível traçar diversos paralelos entre os problemas suscitados pela análise econômica da responsabilidade civil e o conceito de externalidades. As últimas podem ser entendidas como os custos ou benefícios que não são internalizados pelo indivíduo ou pela empresa em suas ações, e que impõem diretamente custos ou benefícios a terceiros.

Podem ser definidas, portanto, como o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que dela não participou. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto, que pode ser maléfico ou benéfico para os terceiros afetados, sendo assim classificado como externalidade negativa ou positiva, respectivamente. Quando temos uma externalidade negativa de produção, o custo de produção é maior para a sociedade que para o produtor, fazendo com que este último produza uma quantidade do bem acima da que seria desejável do ponto de vista social. Por outro lado, as externalidades positivas ocorrem toda vez que o valor social é superior ao valor privado,

22 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 74

23 BERTI, Lapo. *Il mercato oltre le ideologie*. Milão: Università Bocconi Editore, 2006, p. 181.

tendo como resultado uma produção inferior àquela socialmente desejável.

Por sua vez, Calixto Salomão diz que há externalidade sempre que determinada relação jurídica produz efeitos não mensuráveis, para sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade negativa causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas sim os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros).²⁴

Diante da existência de externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado não fica adstrito ao bem-estar dos compradores e vendedores incluídos nesse mercado e passa a incluir também o interesse dos terceiros afetados indiretamente pelas externalidades. O equilíbrio do mercado, que seria responsável pela maximização do benefício total para a sociedade, nesse caso, deixa de ser eficiente, já que os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações na tomada de decisões. Ou seja, o equilíbrio de mercado é atingido sem que a externalidade, representada pelo custo/valor social, componha a sua equação, o que faz com que o mercado aloque os recursos de maneira ineficiente. A seguir, apresentamos dois exemplos para elucidar como externalidades negativas e positivas podem interferir no equilíbrio de mercado, gerando resultados ineficientes.

2.2. BENS PÚBLICOS (OU BENS COLETIVOS) COMO FALHAS DE MERCADO

Os bens públicos, também denominados bens coletivos, constituem uma das falhas de mercado mais relevantes analisadas pela teoria econômica, sobretudo em razão das dificuldades que impõem ao funcionamento eficiente do mecanismo de preços. Do ponto de vista econômico, um bem público é caracterizado simultaneamente por duas propriedades fundamentais: a não rivalidade e a não exclusividade. A não rivalidade significa que o consumo do bem por um indivíduo não reduz a quantidade ou a disponibilidade do bem

²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica – Princípios e Fundamentos Jurídicos**. Quartier Latin. 3ª Edição. 2021. Pág. 273.

para os demais; já a não exclusividade indica a impossibilidade, ou extrema dificuldade, de excluir terceiros do seu uso.²⁵

Stephane Rousseau e Ejan Mackaay assim conceituam os bens coletivos:

Bens coletivos são aqueles que, uma vez disponíveis, não permitem que alguém seja excluído de seu uso e, portanto, que a utilização do bem por uma pessoa não diminui a quantidade dele disponível para outras. A defesa nacional é, em geral, citada como exemplo; a informação divulgada tem, também, característica de bem coletivo em muitas de suas manifestações. Dificuldade evidente, quanto aos bens coletivos, é que, se ninguém pode ser excluído de seu uso, cada um será tentado a abusar e ninguém, no mercado privado, terá interesse em produzi-lo.²⁶

A não rivalidade pode ser compreendida pela comparação entre bens cujo consumo é excludente e aqueles cujo consumo é compartilhável. Um bem é considerado rival quando o uso por uma pessoa reduz diretamente a possibilidade de uso por outra, como ocorre com bens materiais divisíveis. Em contraste, bens não rivais permitem o consumo simultâneo por diversos indivíduos sem prejuízo de disponibilidade. Um exemplo clássico apontado pela literatura econômica é a transmissão de um evento esportivo pela televisão, cujo consumo por um indivíduo não impede o consumo por outros.²⁷

A não exclusividade, por sua vez, está relacionada à impossibilidade de restringir o acesso ao bem apenas àqueles que contribuíram para sua produção ou financiamento. Quando não é viável impedir que terceiros utilizem determinado bem ou serviço, torna-se igualmente difícil cobrar um preço pelo seu uso. Nesses casos, indivíduos tendem a usufruir do bem sem arcar com seus custos, o que compromete a viabilidade econômica da produção privada.

25 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

26 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 123.

27 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 106–108.

Exemplos recorrentes incluem espetáculos pirotécnicos em locais públicos ou a iluminação de vias urbanas.²⁸

A principal consequência econômica dessas características é o surgimento do fenômeno dos *free riders*, ou “caronas”, isto é, indivíduos que se beneficiam do bem público sem contribuir para os custos de sua produção. Conforme destacado pela Análise Econômica do Direito, a presença de *free riders* gera um problema estrutural de financiamento, pois reduz os incentivos para que agentes privados invistam na produção de bens públicos, uma vez que não conseguem apropriar-se dos benefícios correspondentes.²⁹ Esse comportamento oportunista compromete a eficiência do mercado e pode resultar na suboferta, ou mesmo na ausência, desses bens.

O problema dos bens públicos revela-se de forma particularmente clara em mercados ligados à produção de bens informacionais e culturais. A facilidade de reprodução e difusão de conteúdos digitais, como músicas e arquivos audiovisuais, aproxima esses bens das características de bens públicos, ao menos do ponto de vista econômico. Quando os consumidores deixam de pagar por esses bens, o mercado pode tornar-se incapaz de financiar adequadamente os custos de criação, produção e distribuição, o que evidencia a tensão entre acesso amplo e incentivos à produção.³⁰

No âmbito do Direito Econômico Regulatório, destaca-se que a noção de bem público utilizada pela Economia não se confunde integralmente com o conceito jurídico-administrativo de bem público. Para o Direito, são bens públicos aqueles pertencentes ao Estado ou afetados ao uso comum do povo ou à prestação de serviços públicos, submetidos a um regime jurídico próprio. Já para a Economia, a classificação depende essencialmente das características funcionais do bem — rivalidade e exclusividade —, podendo um mesmo bem ser considerado público sob um enfoque e privado sob outro.³¹

28 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 108–110.

29 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 109–111.

30 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 110–113.

31 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regu-**

Essa distinção conceitual revela que a coincidência entre “bem público para o Direito” e “bem público para a Economia” é contingente, e não necessária. Uma praça pública, por exemplo, é juridicamente um bem público, mas, do ponto de vista econômico, pode deixar de ser não rival ou não excludente em determinadas circunstâncias, como quando seu uso se torna congestionado ou quando são impostos mecanismos de controle de acesso. Isso demonstra que a classificação econômica dos bens é sensível ao contexto institucional e às escolhas regulatórias.³²

Diante dessas dificuldades, a intervenção do Estado costuma ser justificada como meio de assegurar a produção e o financiamento de bens públicos. Tal intervenção pode assumir diferentes formas, como a produção direta pelo Estado, o financiamento por meio de tributos ou a criação de regimes jurídicos especiais que internalizem os benefícios coletivos. Contudo, a literatura ressalta que essa intervenção não está isenta de custos e controvérsias, uma vez que o Estado passa a arbitrar preços, quantidades ou padrões de oferta, substituindo decisões descentralizadas do mercado. Assim, o tratamento dos bens públicos exemplifica de maneira clara os limites tanto do mercado quanto da atuação estatal na busca por eficiência e bem-estar social.³³

2.3. OS MONOPÓLIOS E AS ESTRUTURAS CONCENTRADAS

O monopólio configura-se como uma das principais imperfeições do mercado analisadas pela teoria econômica e pela Análise Econômica do Direito, na medida em que rompe com o pressuposto concorrencial que sustenta a eficiência alocativa dos mercados. Em termos gerais, o monopólio caracteriza-se pela existência de um único fornecedor capaz de controlar a quantidade ofertada e influenciar o preço de determinado bem ou serviço, sem sofrer pressões competitivas relevantes. Nessas circunstâncias, diferentemente do

latório. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

32 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 112–118.

33 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022, p. 118–150.

que ocorre em mercados concorrenciais, o agente monopolista não se vê compelido a repassar ganhos de eficiência produtiva aos consumidores, o que compromete o equilíbrio entre oferta, demanda e bem-estar social.³⁴

Do ponto de vista microeconômico, o comportamento do monopolista é orientado pela maximização do lucro, o que implica a definição da quantidade produzida no ponto em que a receita marginal se iguala ao custo marginal. Como consequência, o preço praticado tende a situar-se acima do custo médio de produção, permitindo a apropriação de uma renda monopolista. Esse resultado acarreta uma redução da quantidade ofertada em relação ao nível que seria observado sob concorrência, produzindo uma perda de excedente do consumidor e a formação do chamado peso morto (*deadweight loss*), expressão típica da ineficiência alocativa associada ao monopólio.³⁵

A literatura regulatória destaca, contudo, que nem todo monopólio decorre de condutas estratégicas ou abusivas por parte do agente econômico. Em determinadas situações, a própria estrutura tecnológica da atividade produtiva conduz à concentração da oferta. É o caso do denominado monopólio natural, caracterizado pela presença de elevados custos fixos e pela subaditividade de custos, de modo que a produção eficiente do bem ou serviço é alcançada com um número reduzido de ofertantes — ou mesmo com apenas um. Nessas hipóteses, a entrada de múltiplos produtores não apenas se mostra inviável do ponto de vista econômico, como também socialmente indesejável, por implicar perda de eficiência produtiva.³⁶

Ainda assim, mesmo nos casos de monopólio natural, a inexistência de concorrência cria incentivos ao exercício de poder de mercado, permitindo ao monopolista elevar preços e restringir a oferta quando comparado ao cenário competitivo. Tal comportamento ocasiona uma transferência de excedente do consumidor para o produtor, além da geração de perdas de bem-estar associadas à redução do consumo. Quanto menor a elasticidade-preço da demanda,

34 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 402–405.

35 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 353–356.

36 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85–86.

maior tende a ser a distância entre o preço monopolista e aquele que prevaleceria em um mercado concorrencial, ampliando os efeitos adversos do monopólio sobre os consumidores.³⁷

Diante dessas distorções, a intervenção estatal surge como resposta institucional à falha de mercado representada pelo monopólio. A análise econômica do direito, entretanto, reconhece que tal intervenção envolve escolhas difíceis, uma vez que não existe solução perfeita para o monopólio técnico. O Estado se vê diante da necessidade de optar entre alternativas igualmente imperfeitas, que incluem o monopólio privado não regulado, o monopólio privado submetido à regulação estatal ou a prestação direta do serviço pelo próprio Estado. Cada uma dessas opções apresenta custos e riscos específicos, exigindo uma ponderação entre eficiência produtiva, equidade distributiva e incentivos ao investimento.³⁸

Leonardo Vizeu ressalta que o monopólio deve ser compreendido como fenômeno eminentemente econômico, mas com profundas repercussões jurídicas, na medida em que afeta diretamente princípios estruturantes da ordem econômica constitucional, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Nesse sentido, a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente não se confunde, necessariamente, com ilicitude, pois o próprio ordenamento jurídico admite hipóteses específicas em que a exclusividade se mostra funcional ou juridicamente legítima.³⁹ O monopólio, portanto, não é analisado apenas sob a ótica da eficiência econômica, mas também à luz da função regulatória do Estado e dos valores constitucionais que orientam a intervenção no domínio econômico. Segundo a doutrina, o monopólio pode ser assim classificado:

2.3.1 MONOPÓLIO NATURAL

Leonardo Vizeu classifica o monopólio natural como aquele que decorre

37 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85–86.

38 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

39 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171.

da impossibilidade física ou econômica de coexistência de múltiplos agentes explorando a mesma atividade com eficiência. Trata-se de situações em que os custos de infraestrutura e investimento são tão elevados que a duplicação de sistemas se torna inviável, razão pela qual a maximização da eficiência alocativa somente é alcançada quando a exploração ocorre em regime de exclusividade.⁴⁰ Exemplos clássicos apontados por Leonardo Vizeu incluem o transporte ferroviário, o metrô urbano e a transmissão de energia elétrica.

O monopólio natural não se limita às hipóteses de impossibilidade material, podendo também resultar de avanços tecnológicos ou da titularidade exclusiva de direitos de propriedade industrial, como patentes. Nessas situações, a exclusividade decorre da maior eficiência competitiva de determinado agente ou da proteção jurídica conferida à inovação, o que reforça o caráter funcional do monopólio natural.⁴¹ Todavia, mesmo nesses casos, Leonardo Vizeu enfatiza que a ausência de concorrência impõe a necessidade de regulação estatal, a fim de prevenir abusos e assegurar o equilíbrio entre eficiência econômica e proteção dos consumidores.

2.3.2. MONOPÓLIO CONVENCIONAL

O monopólio convencional pode ser definido como aquele que emerge de circunstâncias negociais, contratuais ou estruturais que conduzem, na prática, à exclusividade da exploração econômica por um único agente. Diferentemente do monopólio natural, aqui não há, necessariamente, uma impossibilidade física de concorrência, mas sim a consolidação de uma posição exclusiva em razão de acordos, arranjos econômicos ou estratégias empresariais que afastam ou desestimulam a entrada de competidores.

Leonardo Vizeu observa que esse tipo de monopólio deve ser analisado com especial cautela pelo Direito Econômico e pelo Direito Concorrencial, pois pode tanto refletir ganhos legítimos de eficiência quanto configurar práticas restritivas da concorrência. Assim, a avaliação jurídica do monopólio

40 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171-172.

41 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172.

convencional exige a verificação de seus efeitos concretos sobre o mercado, notadamente quanto à dominação de mercado relevante e à eventual lesão aos princípios da livre concorrência.⁴²

2.3.3. MONOPÓLIO LEGAL

O monopólio legal, por seu turno, é aquele instituído diretamente pelo ordenamento jurídico, mediante norma que atribui exclusividade ao Estado ou a determinado ente por razões de interesse público. No constitucionalismo brasileiro atual, esse tipo de monopólio encontra limites rigorosos, pois, conforme assinala Leonardo Vizeu, a Constituição da República de 1988 não autoriza a criação indiscriminada de monopólios por legislação infraconstitucional.⁴³

Segundo Leonardo Vizeu, as hipóteses de monopólio estatal são taxativamente previstas no texto constitucional, especialmente no artigo 177, não cabendo ao legislador ordinário ampliá-las. A ordem econômica brasileira fundamenta-se na livre iniciativa e na liberdade de concorrência, de modo que o monopólio estatal assume natureza excepcional e deve ser interpretado restritivamente.⁴⁴ Assim, apenas o poder constituinte derivado reformador pode ampliar os casos de monopólio estatal, reforçando o caráter constitucionalmente delimitado dessa forma de exclusividade.

Nesse contexto, a regulação econômica assume papel central, especialmente nos setores de utilidade pública, como energia elétrica, água e telecomunicações. O objetivo da intervenção regulatória não é eliminar o monopólio quando este decorre de condições tecnológicas inevitáveis, mas disciplinar o exercício do poder de mercado, assegurando preços razoáveis, qualidade adequada do serviço e uma distribuição mais equitativa dos ganhos de eficiência. Assim, o tratamento jurídico do monopólio

42 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 171.

43 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 173-174.

44 FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 174.

revela-se indissociável da compreensão das falhas de mercado e dos limites tanto do funcionamento espontâneo do mercado quanto da própria atuação estatal.⁴⁵

2.4. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

A assimetria de informação é amplamente reconhecida pela teoria econômica e pela Análise Econômica do Direito como uma das falhas de mercado mais relevantes, na medida em que compromete o funcionamento eficiente das trocas econômicas e afeta diretamente a alocação de recursos. Tal fenômeno ocorre quando as partes envolvidas em uma relação econômica ou contratual não dispõem do mesmo nível ou da mesma qualidade de informação acerca do bem, do serviço ou do próprio comportamento esperado ao longo da execução do contrato. Nessas circunstâncias, decisões econômicas são tomadas com base em informações incompletas, distorcidas ou desigualmente distribuídas, afastando-se do ideal de racionalidade plena que sustenta os modelos concorrenciais.⁴⁶

A literatura econômica demonstra que a assimetria informacional pode se manifestar em diferentes momentos da relação contratual, produzindo impactos distintos sobre o mercado. Antes da celebração do contrato, ela afeta a própria formação do preço e a seleção dos agentes que permanecerão no mercado. Após a contratação, interfere no comportamento das partes, criando incentivos inadequados, estimulando condutas oportunistas e elevando os custos de monitoramento e fiscalização. Em ambos os casos, o resultado tende a ser uma alocação ineficiente de recursos, com perdas de bem-estar social e redução da eficiência econômica.⁴⁷

Sob a ótica do Direito Econômico Regulatório, a assimetria de informa-

45 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 402–405.

46 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 79–80.

47 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 81.

ção assume papel central na justificativa da intervenção estatal. Em mercados complexos ou tecnicamente sofisticados, consumidores frequentemente não possuem condições de avaliar adequadamente riscos, preços ou qualidade, o que fragiliza sua posição negocial. Nesses contextos, a regulação não visa substituir o mercado, mas corrigir distorções que impedem seu funcionamento eficiente, por meio da imposição de deveres de transparência, padronização de informações, divulgação obrigatória de dados relevantes e mecanismos de supervisão.⁴⁸ A atuação regulatória, portanto, apresenta-se como resposta institucional às limitações informacionais inerentes a determinados mercados.

2.4.1. Relação agente-principal

Uma das manifestações mais recorrentes da assimetria de informação é o problema da relação agente-principal. Esse dilema surge quando um indivíduo — o principal — delega a outro — o agente — a execução de determinada tarefa, cujo monitoramento é custoso, imperfeito ou tecnicamente inviável. A assimetria informacional decorre do fato de que o agente detém informações privilegiadas sobre suas próprias ações, enquanto o principal enfrenta limitações para fiscalizar seu comportamento de forma contínua e eficaz.⁴⁹

Nessas circunstâncias, abre-se espaço para que o agente adote condutas que maximizem seus interesses próprios, ainda que em detrimento dos objetivos do principal. Porto e Garoupa observam que esse problema é particularmente comum em relações empregador-empregado, acionistas-executivos e, de maneira ainda mais sensível, na atuação de agentes públicos em nome do Estado.⁵⁰ A delegação de competências, quando combinada com informação incompleta, tende a gerar desalinhamento de incentivos e comprometer a eficiência econômica da relação contratual.

48 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81–82.

49 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 81–82.

50 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 82.

A teoria econômica aponta que diversos mecanismos podem ser utilizados para mitigar o problema agente-principal, como cláusulas contratuais de incentivo, remuneração por desempenho, sanções por ineficiência ou participação nos resultados. Contudo, tais instrumentos nem sempre são suficientes para eliminar completamente os efeitos adversos da informação assimétrica. Isso ocorre porque o custo de fiscalização pode ser elevado ou porque determinadas condutas são, por sua própria natureza, de difícil verificação.⁵¹ Assim, a relação agente-principal revela como a assimetria informacional é capaz de gerar falhas persistentes mesmo em contratos formalmente bem estruturados.

2.4.2. Risco moral e seleção adversa

Além da relação agente-principal, a assimetria de informação também se manifesta por meio dos fenômenos do risco moral e da seleção adversa, ambos centrais para a compreensão das falhas de mercado analisadas pela Análise Econômica do Direito. O risco moral ocorre, em regra, no momento posterior à celebração do contrato, quando o comportamento de uma das partes é relevante para o resultado da relação econômica, mas não pode ser plenamente observado ou verificado pela outra. Nessas condições, o agente pode alterar sua conduta, assumindo comportamentos menos diligentes ou mais arriscados, uma vez que não arca integralmente com os custos de suas escolhas.⁵²

Esse problema é especialmente relevante em contratos de longa duração e em setores regulados, nos quais o monitoramento contínuo é oneroso ou tecnicamente complexo. A teoria econômica demonstra que a simples possibilidade de risco moral já é suficiente para elevar os custos de transação, pois as partes passam a investir em salvaguardas contratuais, fiscalização e mecanismos de *enforcement*, encarecendo as relações econômicas e reduzindo sua eficiência.⁵³

51 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 82.

52 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 600–601.

53 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599–602.

A seleção adversa, por sua vez, manifesta-se predominantemente no plano pré-contratual. Ela ocorre quando diferenças relevantes de qualidade entre bens, serviços ou agentes impactam diretamente o preço, mas não podem ser facilmente verificadas por uma das partes. Nessas situações, como destacam Mackaay e Rousseau, os incentivos do mercado acabam favorecendo a permanência de bens ou agentes de qualidade inferior, afastando alternativas mais eficientes e deteriorando o funcionamento global do mercado.⁵⁴ Ao final do processo, o mercado tende a operar em um equilíbrio inferior, no qual predominam soluções menos eficientes, apesar da existência de alternativas melhores.

Tanto o risco moral quanto a seleção adversa decorrem diretamente da assimetria informacional e constituem fundamentos clássicos para a intervenção jurídica e regulatória. Regras de divulgação obrigatória, padrões mínimos de qualidade, deveres de informação e fiscalização estatal buscam mitigar esses problemas, promovendo maior equilíbrio nas relações econômicas. Assim, a assimetria de informação consolida-se não apenas como uma falha de mercado recorrente, mas como um dos principais fundamentos teóricos da regulação econômica e da atuação do direito privado e do direito do consumidor em mercados marcados pela informação imperfeita.⁵⁵

3. A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

A crescente complexidade das sociedades contemporâneas e a ampliação do papel do Estado na ordenação das atividades econômicas e sociais impuseram profundas transformações à forma de produção das normas jurídicas. A regulação deixou de ser fenômeno episódico ou excepcional para assumir posição central na atuação estatal, especialmente no âmbito administrativo, onde normas infralegais passaram a desempenhar função decisiva na conformação de mercados, na definição de padrões de conduta e na implementação de políticas públicas. Esse processo, associado à ascensão do chamado Esta-

54 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 599–600.

55 FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Direito econômico regulatório*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 79–82.

do Regulador, trouxe consigo um desafio estrutural: como assegurar racionalidade, transparência e legitimidade às decisões normativas produzidas por órgãos dotados de elevada especialização técnica e, muitas vezes, afastados dos mecanismos tradicionais de controle político direto.⁵⁶

É nesse contexto que se consolida a Análise de Impacto Regulatório (AIR), compreendida como um instrumento destinado a qualificar o processo decisório estatal antes da edição de atos normativos. A AIR parte do reconhecimento de que normas jurídicas, sobretudo aquelas de natureza regulatória, produzem efeitos econômicos, sociais e institucionais relevantes, afetando múltiplos atores e gerando consequências distributivas que não podem ser ignoradas. Assim, a formulação normativa passa a ser precedida por avaliações sistemáticas dos problemas que se pretende enfrentar, dos objetivos almejados e das alternativas disponíveis, bem como dos impactos positivos e negativos associados a cada opção.⁵⁷

A literatura econômica e jurídica destaca que, durante longo período, a produção normativa administrativa ocorreu sem a adoção de metodologias estruturadas de avaliação de impactos, mesmo quando tais normas eram capazes de afetar sensivelmente direitos individuais, estruturas de mercado e políticas públicas. A AIR surge, portanto, como resposta institucional a esse déficit de racionalidade decisória, inserindo-se em uma agenda mais ampla de modernização do Estado e de racionalização da ação regulatória.⁵⁸ Seu desenvolvimento esteve intimamente ligado ao avanço de técnicas analíticas baseadas na comparação de alternativas e na avaliação de custos e benefícios, ainda que tais métodos não estejam imunes a críticas quanto às suas pretensões de objetividade ou neutralidade.

Um elemento conceitual fundamental para a compreensão da AIR reside na adoção de um sentido amplo de regulação. A regulação não se limita à

56 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 392–393.

57 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 393–394.

58 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 392.

atuação de agências reguladoras formalmente constituídas, mas abrange todo o conjunto de normas e decisões estatais que condicionam comportamentos socioeconômicos com vistas à promoção do bem-estar social. Nesse sentido, a função regulatória é compartilhada por diferentes órgãos e entidades da Administração Pública, e até mesmo pelos Poderes Legislativo e Judiciário, sempre que suas decisões produzam efeitos estruturantes sobre a economia e a sociedade.⁵⁹ A partir dessa concepção ampliada, torna-se evidente que a AIR não pode ser tratada como instrumento setorial ou excepcional, mas como técnica transversal de governança regulatória.

A institucionalização da AIR no âmbito da Administração Pública Federal brasileira reforça essa compreensão. Os manuais e guias elaborados no âmbito do Governo Federal estruturam a AIR como um processo decisório organizado em etapas sucessivas, que se inicia com a identificação e descrição do problema regulatório e avança pela definição de objetivos, pelo mapeamento dos atores afetados, pela formulação de alternativas normativas e não normativas e pela análise comparativa de seus impactos. O resultado desse processo é um relatório que não vincula a decisão da autoridade competente, mas fornece subsídios técnicos e informacionais para uma escolha mais consciente, transparente e fundamentada.⁶⁰

Nesse sentido, a AIR não substitui a discricionariedade administrativa, mas atua como mecanismo de autocontenção institucional, exigindo que decisões regulatórias sejam justificadas à luz de evidências e critérios racionais. A autoridade decisória permanece livre para optar por determinada alternativa, inclusive divergindo das conclusões do relatório, desde que o faça de forma motivada. Essa característica revela que a AIR não é um instrumento de tecnocratização absoluta da decisão pública, mas um meio de qualificar o exercício do poder normativo em contextos de elevada complexidade técnica e impacto social.⁶¹

59 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 394.

60 BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília, 2018.

61 BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **Política e Análise Regulatória – Módulo 1**. Brasília, 2020.

Outro aspecto central da AIR diz respeito à sua função de promoção da transparência e da participação social. A expansão da atividade regulatória administrativa dificultou o controle exercido exclusivamente por instâncias políticas tradicionais, o que levou ao fortalecimento de mecanismos de controle social no processo decisório. A AIR, ao exigir a explicitação das razões que fundamentam a intervenção estatal e ao prever etapas de participação social, como consultas públicas, contribui para ampliar a legitimidade democrática das decisões regulatórias e para reduzir a assimetria de informação entre reguladores e regulados.⁶²

A participação social, nesse contexto, não se apresenta como elemento meramente formal, mas como componente essencial da qualidade regulatória. Ao permitir que os grupos afetados contribuam com informações, percepções e críticas, a AIR amplia o espectro de análise dos impactos regulatórios e reduz o risco de decisões baseadas em diagnósticos incompletos ou enviesados. Tal diretriz é particularmente relevante em setores sensíveis, como o da saúde pública, nos quais os impactos regulatórios assumem elevada densidade social e distributiva.⁶³

Por fim, a AIR deve ser compreendida como parte integrante de um ciclo regulatório mais amplo, que não se esgota na edição da norma. A análise prévia dos impactos deve dialogar com etapas posteriores de implementação, monitoramento e eventual revisão normativa, permitindo que o Estado avalie se os objetivos originalmente propostos foram efetivamente alcançados e se os custos impostos à sociedade se mostraram proporcionais aos benefícios obtidos. Desse modo, a AIR consolida-se como instrumento fundamental de aprendizagem institucional e de aprimoramento contínuo da atividade regulatória, reforçando a racionalidade, a legitimidade e a eficiência da intervenção estatal na ordem econômica e social.⁶⁴

62 PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 393.

63 BRASIL. Ministério da Saúde. **Orientações para a execução da Análise de Impacto Regulatório no Ministério da Saúde: descritivo do processo decisório**. Brasília, 2022.

64 BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **O Guia de AIR – Módulo 3**. Brasília, 2020.

4. REGULAÇÃO ECONÔMICA E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Este tópico examina a relação entre a regulação econômica setorial e a política de defesa da concorrência, destacando o papel complementar que esses dois instrumentos exercem na organização e no funcionamento dos mercados. Parte-se da compreensão de que ambos integram o conjunto de mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica, ainda que se orientem por lógicas e técnicas distintas.

A defesa da concorrência, exercida por autoridades antitruste como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tem por finalidade preservar a livre concorrência e coibir práticas que possam comprometer o ambiente competitivo. Já a regulação setorial, desempenhada por agências especializadas, a exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica, da Agência Nacional de Telecomunicações e do Banco Central do Brasil, volta-se à estruturação de setores específicos da economia, especialmente aqueles marcados por falhas de mercado e pela prestação de serviços essenciais.

Nesse contexto, o tópico aborda as diferentes formas de interação entre regulação setorial e política concorrencial, evidenciando que a coexistência desses modelos exige coordenação institucional e definição clara de competências. A partir dessas premissas, são apresentados os principais arranjos teóricos que explicam a divisão de tarefas entre reguladores setoriais e autoridades de defesa da concorrência, os quais servem de base para a análise desenvolvida nos subitens seguintes.

4.1. REGULAÇÃO SETORIAL E POLÍTICA CONCORRENCIAL: APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS

A promoção de um mercado justo e competitivo é fundamental para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país. Nesse contexto, os órgãos de defesa da concorrência, também conhecidos como órgãos antitruste, e os órgãos de regulação setorial desempenham papéis cruciais. Enquanto os primeiros se concentram na prevenção e combate a práticas anticoncorrenciais, os últimos focam na regulação e supervisão de setores

específicos da economia, garantindo a prestação de serviços essenciais de forma eficiente e justa.⁶⁵

Os órgãos de defesa da concorrência, como o CADE no Brasil, têm a missão de garantir a livre concorrência no mercado. Eles atuam preventivamente, analisando fusões e aquisições para evitar a formação de monopólios e oligopólios que possam prejudicar os consumidores e a economia. Além disso, investigam e punem práticas anticoncorrenciais, como cartéis e abuso de posição dominante, assegurando que as empresas concorram de maneira justa e beneficiem os consumidores com melhores preços, qualidade e inovação (Brasil, 2011).

Por outro lado, os órgãos de regulação setorial, como a Anatel e o Bacen, são responsáveis por regular e supervisionar setores específicos da economia que, devido à sua natureza, requerem um controle mais direto e detalhado. Esses setores geralmente envolvem serviços públicos essenciais, como energia, telecomunicações e transportes. A regulação setorial visa garantir a prestação de serviços de qualidade, a preços justos, e promover a universalização do acesso a esses serviços, além de incentivar a eficiência e a inovação.

A interação entre os órgãos antitruste e os órgãos de regulação setorial é fundamental para assegurar que os mercados funcionem de maneira equilibrada. Enquanto os reguladores setoriais garantem que as empresas atuem conforme as normas específicas de cada setor, os órgãos de defesa da concorrência garantem que essas empresas não adotem práticas que distorçam a competição. Essa interação pode ser desafiadora, pois requer uma coordenação efetiva para evitar sobreposições de competências e conflitos de jurisdição.

Um exemplo prático dessa interação é observado no setor de energia. A Aneel regula as atividades das empresas de energia, estabelecendo tarifas, normas de qualidade e metas de universalização. Simultaneamente, o CADE atua para prevenir práticas anticoncorrenciais que possam surgir nesse mercado, como a formação de cartéis em licitações de energia ou abusos de posição dominante por parte de grandes empresas. Essa sinergia é essencial para pro-

65 KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 67.

mover um ambiente de negócios saudável e competitivo, que beneficie tanto os consumidores quanto a economia como um todo.

Partindo do pressuposto de que as agências de defesa da ordem econômica (antitruste), atuam de forma *ex post*, ou seja, são reacionárias. Seja na análise de atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrenciais, sua competência surge apenas em decorrência de determinado caso concreto. Não há, como na regulação setorial, publicação de normas disciplinando o comportamento de determinados agentes de um mercado específico. A intervenção é sempre pontual e direcionada aos agentes envolvidos no caso em análise.⁶⁶

Considerando também que o órgão regulador setorial tem por objetivo implantar determinadas condições de mercado em um setor específico da economia para garantir condições de acesso, qualidade da prestação de serviços, reprimir abusos, etc., significa dizer que ele atua em substituição aos mecanismos naturais daquele mercado, criando um sistema de mercado artificial, que supre as falhas existentes neste setor. A atuação é essencialmente *ex ante*, no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os participantes daquele mercado, e complementarmente *a posteriori* – na fiscalização e controle do cumprimento dessas normas.⁶⁷

Com base nessa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência, Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado⁶⁸ definiram um critério para a divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Encontram-se, em seguida, quatro opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação setorial:

Num cenário de isenção antitruste, as Agências Reguladoras (AR) aplicam a legislação de defesa da concorrência, com a legislação específica prevalecendo sobre qualquer comando geral da lei antitruste. Nesse caso, a AR desempenha as três tarefas mencionadas anteriormente, enfatizando os aspectos regulatórios e deixando pouco ou nenhum espaço para a atuação da

66 KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 67.

67 KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 65-67.

68 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

autoridade de defesa da concorrência (AC). Pode-se até conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica.⁶⁹

Num segundo cenário, o de competências concorrentes, tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as agências reguladoras possuem a competência para aplicar sanções antitruste e estabelecer normas de regulação econômica. Nesse contexto, ambas as entidades compartilham a responsabilidade de assegurar a aplicação das leis de defesa da concorrência e de criar regulamentos que orientem o comportamento econômico das empresas dentro de seus respectivos setores.⁷⁰

Num terceiro cenário, um cenário de competências complementares, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Existe uma clara divisão de trabalho, na qual a Agência Reguladora se responsabiliza exclusivamente pelas tarefas de regulação técnica e econômica. Esta agência se dedica à elaboração e implementação de normas e regulamentos específicos que orientam e supervisionam o comportamento dos agentes econômicos em seu setor de atuação.⁷¹

Paralelamente, a autoridade de defesa da concorrência se concentra exclusivamente na aplicação da lei antitruste enquanto a autoridade regulatória se concentra na regulação do setor. Dessa forma, cada entidade opera dentro de um âmbito claramente definido, permitindo que a Agência Reguladora e a autoridade de defesa da concorrência trabalhem de maneira complementar, sem conflitos de competência. Isso garante uma abordagem mais eficiente e focada, na qual a regulação técnica e econômica é tratada separadamente da aplicação das normas antitruste, proporcionando uma estrutura regulatória mais robusta e organizada.

Num quarto cenário de regulação antitruste, a autoridade de defesa da concorrência assume a responsabilidade de aplicar tanto a lei antitruste quan-

69 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 79.

70 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 79.

71 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 80.

to as regulações técnica e econômica. Trata-se de um caso simétrico ao primeiro cenário, em que a maior ênfase recai tipicamente sobre a legislação antitruste, limitando a regulação técnica e econômica ao mínimo necessário.⁷²

4.2. COMPLEMENTARIEDADE E TENSÕES ENTRE REGULAÇÃO ECONÔMICA E ANTITRUSTE

A relação entre regulação econômica setorial e defesa da concorrência, no ordenamento jurídico brasileiro, revela-se estruturalmente marcada por um equilíbrio instável entre complementariedade funcional e tensão institucional. Em trabalho anterior, nós demonstramos que essa relação não pode ser compreendida a partir de uma lógica hierárquica simples, em que um dos polos prevaleceria automaticamente sobre o outro, mas sim como um arranjo policêntrico de competências, no qual diferentes órgãos estatais exercem funções distintas, ainda que incidentes sobre os mesmos mercados e agentes econômicos.⁷³

Do ponto de vista constitucional, essa tensão encontra fundamento direto no modelo de intervenção do Estado na ordem econômica delineado pelos arts. 170, 173 e 174 da Constituição Federal. Como já sustentamos anteriormente, o texto constitucional não consagra um modelo puro de livre concorrência, tampouco um modelo integralmente planejado, mas sim uma arquitetura híbrida, na qual convivem a liberdade de iniciativa, a função normativa e fiscalizadora do Estado e a possibilidade de intervenção direta por razões de interesse público. Essa conformação constitucional explica por que a defesa da concorrência, exercida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e a regulação setorial, desempenhada por órgãos como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e o Banco Central do Brasil (BACEN), são chamadas a atuar simultaneamente sobre a mesma realidade econômica.

72 OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Defesa da concorrência e regulação setorial: experiências e desafios**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 11, n. 2, 2004, p. 80.

73 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

Sob a perspectiva funcional, a complementariedade entre regulação e antitruste manifesta-se, inicialmente, na diferença de temporalidade e de instrumentos de intervenção. Como demonstrado em nosso trabalho anterior, a regulação setorial atua predominantemente de forma *ex ante*, estabelecendo regras gerais e abstratas destinadas a moldar a estrutura do mercado, corrigir falhas estruturais, impor obrigações de universalização, garantir padrões mínimos de qualidade e, em determinados casos, substituir mecanismos concorrenciais considerados insuficientes ou disfuncionais.⁷⁴

O antitruste, por sua vez, opera majoritariamente de forma *ex post*, reagindo a condutas anticoncorrenciais específicas ou avaliando atos de concentração concretos à luz de seus efeitos sobre a estrutura e o funcionamento do mercado.

Essa distinção, contudo, longe de eliminar conflitos, constitui precisamente uma de suas principais fontes. Em trabalho anterior, nós argumentamos que, quando a regulação setorial cria um “mercado artificial”, nos termos da literatura econômica e jurídica, ela inevitavelmente redefine os parâmetros concorrenciais, o que pode gerar fricções com a atuação do CADE, especialmente quando este identifica efeitos anticompetitivos não antecipados, ou até tolerados, pelo regulador setorial.

Nessas hipóteses, a complementariedade transforma-se em tensão, pois ambos os órgãos passam a reivindicar legitimidade para intervir sobre o mesmo fenômeno econômico, ainda que a partir de racionalidades institucionais distintas. O debate teórico analisado em nosso trabalho anterior, notadamente a *State Action Doctrine* e a *Persuasive (ou Pervasive) Power Doctrine*, fornece importantes chaves interpretativas para compreender esse cenário.⁷⁵

A primeira, ao exigir a clara intenção estatal de substituir a concorrência e a supervisão ativa da conduta regulada, evidencia que a simples existência de regu-

74 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro.** Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

75 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro.** Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

lação não implica, automaticamente, imunidade antitruste. Já a segunda desloca o foco para a densidade e a profundidade dos poderes regulatórios exercidos por determinada agência, admitindo, em situações excepcionais, a absorção parcial ou total da análise concorrencial pelo regulador setorial. Em ambos os casos, como sustentamos anteriormente, o elemento decisivo não é apenas formal, mas material e funcional, exigindo análise concreta da atuação institucional.

No plano empírico, essa tensão manifesta-se de forma particularmente expressiva nos casos de competências concorrentes, isto é, naquelas situações em que tanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quanto a agência reguladora setorial dispõem de fundamento legal expresso para intervir sobre a mesma conduta ou estrutura de mercado. O caso *Embratel x Telesp*, examinado de maneira aprofundada em nosso trabalho anterior, constitui exemplo paradigmático dessa sobreposição institucional. Nesse episódio, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) instaurou procedimento administrativo para apurar suposta prática discriminatória no fornecimento de Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD), ao passo que o CADE, provocado posteriormente, passou a examinar os mesmos fatos sob a ótica da repressão às infrações contra a ordem econômica. A atuação paralela das duas autarquias, ambas, à época, juridicamente autorizadas a conceder medidas preventivas, evidenciou não apenas o risco concreto de duplicidade decisória, mas também a ausência de critérios normativos claros quanto à precedência institucional, à prevenção ou à coordenação procedimental. Tal quadro revelou, de forma inequívoca, como a coexistência de competências pode gerar incertezas quanto à autoridade decisória final, comprometer a coerência das respostas estatais e tensionar os limites entre a regulação setorial, orientada por considerações técnicas e estruturais, e a atuação antitruste, voltada à preservação imediata da concorrência no mercado.⁷⁶

Como já destacamos, não se tratava de um conflito meramente burocrático, mas de uma divergência substantiva sobre a forma adequada de disciplinar uma prática com impactos técnicos e concorrenciais relevantes.

76 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementaridade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro.** Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

Situação análoga, embora dotada de contornos institucionais próprios, pode ser identificada no âmbito do sistema financeiro nacional, setor marcado por elevado grau de regulação prudencial, forte assimetria informacional e acentuada sensibilidade sistêmica. Em trabalho anterior, nós demonstramos que o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN), no emblemático caso Bradesco/Banco de Crédito Nacional (BCN), evidenciou de forma clara os limites materiais da atuação antitruste em mercados submetidos a um regime regulatório especializado e intensivo.

Naquele contexto, a sobreposição entre a competência geral do CADE para o controle de atos de concentração e a competência específica do BACEN para autorizar operações envolvendo instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional deu ensejo a um conflito interpretativo resolvido, em última instância, pela prevalência da regulação setorial. A solução adotada, amparada no princípio da especialidade e na natureza prudencial da regulação financeira, revelou como a defesa da concorrência pode ser funcionalmente relativizada diante da necessidade de preservação da estabilidade do sistema financeiro, da confiança dos agentes econômicos e da prevenção de riscos sistêmicos, ainda que isso implique restrições significativas à incidência plena do direito antitruste.

A prevalência da competência do Bacen, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça com fundamento no princípio da especialidade e na legislação específica do sistema financeiro, evidencia que a complementariedade entre regulação e concorrência pode, em determinados contextos, assumir a forma de subordinação funcional do antitruste, com riscos evidentes de esvaziamento de sua eficácia material.⁷⁷

Diante desse quadro, sustentamos em trabalho anterior que a solução institucional mais adequada não reside na eliminação das sobreposições, o que seria incompatível com o modelo constitucional brasileiro, mas na construção de mecanismos estruturados de coordenação interinstitucional.

77 SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. **A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementariedade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro**. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

Acordos de cooperação técnica, memorandos de entendimento e práticas de diálogo permanente entre reguladores e autoridade antitruste representam tentativas de converter conflitos potenciais em complementariedade operacional. Todavia, como já advertimos, tais instrumentos possuem limites evidentes e não substituem a necessidade de maior clareza normativa e de uma teoria mais consistente sobre os limites materiais da regulação frente à defesa da concorrência.

Em síntese, a relação entre regulação econômica e antitruste no Brasil deve ser compreendida como um campo de tensão permanente, no qual coexistem cooperação e conflito, especialização e sobreposição, autonomia e interdependência. Como defendemos em trabalho anterior, o desafio central do sistema não é escolher entre regulação ou concorrência, mas articular ambas de forma racional, preservando simultaneamente a eficiência regulatória, a proteção da ordem econômica concorrencial e a segurança jurídica dos agentes de mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise empreendida demonstra que a regulação econômica constitui elemento estrutural do modelo constitucional brasileiro de intervenção na ordem econômica, não como negação da livre iniciativa ou da concorrência, mas como instrumento destinado a preservar sua funcionalidade diante de falhas de mercado persistentes. Externalidades, bens públicos, monopólios e assimetrias de informação evidenciam que a autorregulação dos mercados é insuficiente para assegurar resultados eficientes e socialmente desejáveis, legitimando a atuação estatal como mecanismo corretivo e organizador.

Todavia, o reconhecimento das falhas de mercado não autoriza uma concepção maximalista da intervenção estatal. A própria Análise Econômica do Direito revela que políticas públicas e instrumentos regulatórios também produzem custos, distorções e incentivos adversos, configurando as denominadas falhas de governo. A atuação regulatória, portanto, deve ser compreendida como escolha institucional inevitavelmente imperfeita, orientada pela lógica do *second best*, na qual se busca a alternativa comparativamente mais eficiente, e não uma solução idealizada.

Nesse cenário, a Análise de Impacto Regulatório assume papel central como mecanismo de racionalização da atividade normativa administrativa. Ao exigir a identificação clara do problema regulatório, a avaliação de alternativas e a consideração explícita dos impactos econômicos e sociais, a AIR contribui para a redução de decisões arbitrárias, para o aumento da transparência e para a ampliação da legitimidade democrática da regulação. Trata-se de instrumento que fortalece a qualidade regulatória sem eliminar a discricionariedade administrativa, convertendo-a em discricionariedade racionalmente justificada.

No plano institucional, a relação entre regulação setorial e defesa da concorrência revela-se como um dos principais desafios do Estado Regulador brasileiro. A complementariedade entre a atuação *ex ante* dos reguladores e a intervenção *ex post* do antitruste não afasta tensões decorrentes de sobreposição de competências e racionalidades distintas. A experiência nacional evidencia que a simples prevalência formal de um modelo sobre o outro não oferece solução satisfatória, sendo necessária a construção de mecanismos de coordenação institucional, diálogo permanente e critérios materiais de delimitação de competências.

Como agenda propositiva, impõe-se o fortalecimento de práticas estruturadas de cooperação entre agências reguladoras e autoridades concorrenciais, sem prejuízo da preservação de suas funções institucionais próprias. A consolidação da AIR como etapa obrigatória e efetiva do ciclo regulatório, associada a mecanismos de monitoramento e revisão normativa, revela-se igualmente essencial para o aprimoramento contínuo da intervenção estatal. Em última análise, o desafio central do sistema regulatório brasileiro consiste em articular regulação econômica e defesa da concorrência de modo a preservar simultaneamente a eficiência dos mercados, a segurança jurídica e a realização dos valores constitucionais da ordem econômica.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8. ed. rev. e ampl. London: Laccademia Publishing, 2023.

BERTI, Lapo. **Il mercato oltre le ideologie**. Milão: Università Bocconi Editore, 2006.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília, 2018.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **O Guia de AIR – Módulo 3**. Brasília, 2020.

BRASIL. Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). **Política e Análise Regulatória – Módulo 1**. Brasília, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Orientações para a execução da Análise de Impacto Regulatório no Ministério da Saúde: descritivo do processo decisório**. Brasília, 2022.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FARINA, Elizabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. **Direito econômico regulatório**. São Paulo: Atlas, 2013.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

KATO, Ricardo Lobo Torres. **Regulação econômica e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: a experiência internacional e a avaliação da proposta de lei geral brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y Estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ORTIZ, Gaspar Ariño apud CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.

PERROT, Abedelo. **La intervención administrativa**. Buenos Aires, 1994.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. 2. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

SILVA JÚNIOR, Aderaldo Cavalcanti da. A complexa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência: um estudo da relação de complementaridade e conflitos regulatórios entre Cade, Bacen e Anatel no sistema econômico brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 110–138, 2025.

A REFORMA TRIBUTÁRIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 132, DE 2023. A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA EM SÃO TOMÁS DE AQUINO E NO PADRE ANTÔNIO VIEIRA.

Joaquim Lustosa Filho¹

Juiz Federal

Mestre e Doutor em Direito pela UFPE.

Professor Associado de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito do Recife da UFPE.

Ex-Procurador da Fazenda Nacional

RESUMO: O presente artigo analisa a Emenda Constitucional nº 132 de 2023 sob a perspectiva do princípio da justiça tributária, destacando sua inserção no sistema constitucional brasileiro. Inicialmente, examinam-se os novos princípios introduzidos pela reforma, como simplicidade, transparência, cooperação e sustentabilidade, evidenciando sua natureza programática e seu papel como diretrizes ao legislador. Em seguida, investiga-se o conceito de justiça tributária em conexão com princípios já consolidados, como isonomia, capacidade contributiva e vedação ao confisco. O estudo demonstra que a tributação justa exige a distribuição equitativa da carga fiscal. Analisa-se, ainda, a dimensão histórica e filosófica da justiça tributária, com referências à tradição jusnaturalista e ao pensamento clássico e teológico, especialmente em autores como São Tomás de Aquino. Também se destaca a contribuição do Padre Antônio Vieira, cuja reflexão sobre a equidade tributária reforça a necessidade de repartição equilibrada dos encargos públicos. A efetividade da reforma tributária dependerá da atuação legislativa, sendo a justiça tributária

¹ Juiz Federal. Mestre e Doutor em Direito pela UFPE. Professor Associado de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito do Recife da UFPE. Ex-Procurador da Fazenda Nacional.

elemento central para a construção de um sistema fiscal mais equitativo e orientado ao bem comum.

ABSTRACT: *This article examines Constitutional Amendment No. 132 of 2023 from the standpoint of the principle of tax justice, emphasizing its incorporation into the Brazilian constitutional framework. It begins by analyzing the new principles introduced by the reform - namely simplicity, transparency, cooperation, and sustainability - highlighting their programmatic character and their function as normative guidelines addressed to the legislature. It then explores the concept of tax justice in connection with established constitutional principles, such as equality before the law, ability to pay, and the prohibition of confiscatory taxation. The study demonstrates that fair taxation requires an equitable distribution of the tax burden. It further examines the historical and philosophical underpinnings of tax justice, drawing on the natural law tradition as well as classical and theological thought, particularly in the works of Saint Thomas Aquinas. The contribution of Father Antônio Vieira is also underscored, insofar as his reflections on tax equity reinforce the need for a balanced distribution of public charges. The effectiveness of the tax reform will ultimately depend on legislative implementation, with tax justice constituting a central element in the development of a more equitable tax system oriented toward the common good.*

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INTRODUZIDOS PELA REFORMA TRIBUTÁRIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 132, DE 2023

A Emenda nº 132, de 2023, introduziu, no sistema tributário nacional, novos princípios constitucionais tributários: da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente, além da sustentabilidade ambiental.

Os princípios constitucionais são dirigidos ao legislador, que encontra neles limites ao exercício de sua competência legislativa, consoante a lição de Roque Antônio Carrazza:

“I – Indaga-se, amiúde, se o legislador, ao exercitar a competência tributária, encontra limites jurídicos. Parece-nos indubitoso que sim.

Um primeiro limite ele encontra na observância das normas constitucionais. O respeito devido a tais normas é absoluto e sua violação importa irremissível inconstitucionalidade da lei tributária. De fato, as normas legais têm sua validade vinculada à observância e ao respeito aos limites erigidos pelas normas constitucionais. O legislador encontra outro limite nos grandes princípios constitucionais, estudados na primeira parte deste livro, que também não podem ser violados. É o caso dos princípios republicano, federativo, da autonomia municipal e distrital, da segurança jurídica, da igualdade, da reserva de competência, da anterioridade etc., que operam como balizas intransponíveis à tributação. Guiam a ação estatal de tributar, que só será válida se observar todos eles. Exemplificando, o tributo só será válido se for criado por meio de lei; se esta lei tiver sido editada de acordo com o processo legislativo (constitucionalmente traçado); se esta lei atender ao princípio da igualdade; se esta lei for irretroativa; se esta lei estiver dentro do campo tributário da pessoa política que a editou; se esta lei observar o princípio da anterioridade; e assim avante”².

2 CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 458.

O art. 145 da Constituição Federal, o qual prevê a classificação tripartite do tributo, teve acrescentados dois novos parágrafos: os §§ 3º e 4º. Cuidam-se de mandamentos de aprimoramento do sistema. São também normas programáticas, vazias de juridicidade ou de coercitividade. Não obrigam o legislador, nem muito menos o juiz³. Constituem-se orientações ou recomendações, de forma que possamos constitucionalizar os nossos mais justos anseios. O primeiro determina que o sistema tributário nacional, composto por fontes primária e secundárias do direito⁴, observem os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente. O segundo propõe que as alterações na legislação tributária objetivem a mitigação dos efeitos regressivos da tributação.

2. O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA

A ideia de justiça tributária se relaciona com a equidade da exação fiscal.

O princípio da justiça tributária relaciona-se a outros princípios constitucionais tributários, especialmente a legalidade tributária (art. 150, I, da CF/88), a isonomia tributária (art. 150, II, da CF/88), a capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/88), a vedação da tributação com efeito de confisco (art. 150,

3 A função criadora do juiz, no direito tributário, é muito reduzida. O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, já declarou que o juiz não pode estender regra de tributação, com fundamento da isonomia, sob pena de transformar-se em legislador positivo. Invoco, nesse sentido, os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EXTENSÃO DE VANTAGEM. IMPOSSIBILIDADE. **1. Não se permite a extensão de vantagens legalmente concedidas a terceiros, para outros grupos ou categorias por alegada ofensa ao princípio da isonomia.** 2. Agravo regimental improvido. (RE-AgR - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 259911, ELLEN GRACIE, STF.) (Brasil, 2009).

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Crédito presumido. Lei nº 9.363/96. Pretensão de majoração de alíquota. Questão infraconstitucional. Afrenta reflexa. Isonomia. Poder Judiciário como legislador positivo. Impossibilidade. Precedentes. 1. (...). 2. Impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, não cabendo a ele, com base no princípio da isonomia, majorar alíquota de créditos presumidos concedidos por lei. 3. Agravo regimental não provido. (RE 586997 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013) (Brasil, 2013b).

4 As fontes primárias do direito tributário criam direito novo, tais como a Constituição, Emendas Constitucionais, Leis complementares, Leis delegadas, Leis Ordinárias, Medidas provisórias, Decretos legislativos e Resoluções do Senado Federal. As fontes secundárias regulamentam as fontes primária, entre as quais os Decretos, Portarias, Instruções Normativas, Atos Declaratórios etc.

IV, da CF/88), a progressividade aplicável ao imposto de renda (art. 153, § 2º, I, da CF/88), ao ITR (art. 153, § 4º, I, da CF/88) e ao IPTU (arts. 156, § 1º, e 182, § 4º, II, da CF/88), a universalidade e generalidade no imposto de renda (art. 153, § 2º, I, da CF/88), a seletividade, aplicável ao IPI (art. 153, § 3º, I, da CF/88) e ao ICMS (art. 155, § 2º, III, da CF/88), a uniformidade geográfica da tributação (art. 151, I, da CF/88), a isonomia federativa (art. 151, II, da CF/88), a vedação à concessão de diferenças tributárias entre bens e serviços em razão da sua procedência ou destino (art. 152 da CF/88).

Alfredo Augusto Becker⁵ rememora a natureza jusnaturalista do princípio da capacidade contributiva. Esse foi seu escólio:

A origem histórica do princípio da capacidade contributiva, bem como a fertilíssima proliferação de teorias, cada uma sustentando uma especial visão do problema de tal modo que é impossível agrupá-las em diferentes sistemas orgânicos, são dois fatos que denunciam a natureza essencialmente *jusnaturalista* do princípio da capacidade contributiva.⁶

Segundo José Pedro Galvão de Sousa, “ninguém com maior elegância do que Cícero discorreu sobre a lei fundamental da ordem jurídica, essa *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*”⁷.

A justiça tributária consiste na distribuição equitativa do encargo tributário entre os membros da sociedade. Conforme escólio de Cláudio Brandão,

As partes tem isonomia na potência de ter o seu direito reconhecido, é disso que decorre a equidade, isto é, reconhece-se que elas estão no mesmo plano; é o que se depreende (com referência ao sentido) na tradução feita por Sílvia Alves das instituições de Justiniano: ‘A justiça é a constante e decidida vontade de dar a cada um o seu direito’⁸.

5 BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 490.

6 *Ibid.*

7 SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e estado de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977. P. 6.

8 BRANDÃO, C. DO IUS AO DERECTUM: A RECONFIGURAÇÃO DO MÉTODO DO DIREITO. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 31, 2022. DOI: 10.22293/2179507x.v13i31.2173. P. 15. Disponível em:

3. A DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA

Na encíclica *Rerum Novarum*, o Papa Leão XIII leciona que o Estado é uma construção histórica posterior ao homem, de modo que os direitos fundamentais — como o direito à vida e à própria conservação — já pertencem ao indivíduo por força da sua própria natureza. Nesse sentido, o Estado não é criador desses direitos, mas instância destinada a reconhecê-los e garanti-los. A propriedade privada, assim concebida, apresenta-se como um desdobramento legítimo da ordem natural, ao mesmo tempo em que permanece vinculada à sua função social e à finalidade universal dos bens. Vejamos o seguinte trecho daquele documento papal:

E não se apele para a providência do Estado, porque o Estado é posterior ao homem, e antes que ele pudesse formar-se, já o homem tinha recebido da natureza o direito de viver e proteger a sua existência. Não se oponha também à legitimidade da propriedade particular o facto de que Deus concedeu a terra a todo o género humano para a gozar, porque Deus não a concedeu aos homens para que a dominassem confusamente todos juntos. Tal não é o sentido dessa verdade⁹.

José Pedro Galvão de Sousa, referindo-se à *Civitas* ou à Polis, também diz que “a sociedade tem uma constituição anterior à do Estado, mesmo porque este surge em época histórica na qual os agrupamentos humanos já estão constituídos”¹⁰. E prossegue o mestre paulista:

A primeira das sociedades é a família, a “célula social”. O que é a célula num organismo — o elemento vivo originário de que ele se compõe — é a família na sociedade civil. Ela tem uma cons-

<https://www.revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2173>. Acesso em: 5 abr. 2026.

9 LEÃO XIII. Carta encíclica *Rerum Novarum*: sobre a condição dos operários. 15 maio 1891. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 3 abr. 2026. (Vaticano)

10 SOUSA, José Pedro Galvão de. O que deve ser uma Constituição (final). *O Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34.347, p. 42, 17 fev. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114596>. Acesso em: 03 abr. 2026.

tituição natural, fundada na lei divina. Compreenderam-no perfeitamente os juristas romanos, entre os quais Modestino, que definiu lapidarmente o casamento como “consórcio por toda a vida, na comunicação do direito divino e do direito humano”¹¹.

4. A JUSTIÇA TRIBUTÁRIA NO PENSAMENTO DE SÃO TOMÁS DE AQUINO

Na inauguração do ano judicial do Tribunal do Estado da Cidade do Vaticano, o Papa Leão XIV, em discurso proferido na Sala da Benção, na Cidade do Vaticano, no dia 14 de março de 2026, ensina que, na lição de São Tomás de Aquino, a justiça é a vontade constante e permanente de dar a cada pessoa aquilo que lhe é devido. Segundo ainda Sua Santidade, a justiça não depende de interesses momentâneos ou conveniências, mas se baseia em algo objetivo, ligado à verdade sobre cada pessoa e ao bem comum. Vejamos o seguinte trecho do discurso:

A reflexão teológica e jurídica da tradição cristã aprofundou ulteriormente esta perspectiva. Em particular S. Tomás, baseando-se no direito romano, define a justiça como «*constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuendi*», ou seja, a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que lhe é devido. Mediante esta definição, o Doutor Angélico destaca o caráter estável e objetivo da justiça, que não depende de interesses contingentes, mas está enraizado na verdade de cada pessoa e na busca do bem comum. Não é por acaso que ele afirma também que «*iustitia ad bonum commune ordinatur*».

À luz desta tradição, compreende-se inclusive o profundo vínculo entre justiça e caridade. A sabedoria teológica expressou esta relação com a afirmação de que «*caritas perfecta, perfecta iustitia est*», pois na plenitude da caridade a justiça encontra a sua realização mais autêntica. Daí decorre que, onde não há verdadeira justiça, nem sequer pode subsistir um direito autêntico, uma vez que o próprio direito nasce do reconhecimento da verdade do ser e da dignidade de cada pessoa.

11 *Ibid.*

Assim concebida, a justiça é a virtude cardeal que nos chama «a respeitar os direitos de cada um e a estabelecer nas relações humanas a harmonia que promove a equidade para com as pessoas e o bem comum». É neste reconhecimento que se abre o caminho para a caridade, porque só quando as relações estão ordenadas segundo a verdade se torna possível a comunhão, que é o fruto mais elevado do amor. Portanto, a restauração da justiça torna-se condição para o advento da caridade, que é dom do Espírito e princípio de unidade na Igreja. Nesta ótica, compreende-se também que o amor e a verdade não podem ser separados: só amando é possível conhecer a verdade, e o amor pela verdade leva a descobrir a caridade como seu cumprimento.

Por esta razão a justiça, quando é exercida com equilíbrio e fidelidade à verdade, torna-se um dos fatores mais sólidos de unidade na comunidade. Ela não divide, mas fortalece os laços que unem as pessoas e contribui para edificar a confiança recíproca que torna possível a convivência ordenada¹².

Os tributos devem ser justos e observar parâmetros de ordem moral, religiosa e política, os quais, em conjunto, estruturam uma específica ética fiscal. No medievo, São Tomás de Aquino sustentava que cada indivíduo deveria contribuir com tributos *secundum facultatem* ou *secundum aequalitatem proportionis*, isto é, de acordo com sua capacidade econômica e em proporção justa. Com base nesse critério, distinguiam-se os impostos em justos e injustos, a depender de sua conformidade com tais princípios¹³. São Tomás de Aquino, citando a questão tributária, disse o seguinte:

37. Manifesta-se, outrossim, pela experiência, que os reis conseguem mais riquezas pela justiça, que os tiranos pela rapina. De fato, por desagradar à multidão subordinada o domínio dos tiranos, têm eles de possuir muitos guardas de segurança, pelos quais

12 LEÃO XIV. **Discurso por ocasião da inauguração do Ano Judiciário do Tribunal do Estado da Cidade do Vaticano**, 14 mar. 2026. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/leo-xiv/pt/speeches/2026/march/documents/20260314-inaugurazione-anno-giudiziario.html>. Acesso em: 3 abr. 2026.

13 MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. **Revista de informação legislativa**, v. 136, 1997. P. 334.

se façam seguros contra os súditos e com os quais é mister gastar mais do que roubam dos súditos. Ao passo que o senhorio dos reis, por ser agradável aos súditos, tem por guardas de segurança todos eles, com os quais não precisa gastar; mas às vezes, nas necessidades, dão espontaneamente aos reis mais do que podem os tiranos extorquir, e assim se cumpre o que diz Salomão (Pr 11,24): “Uns”, isto é, reis, “dividem os bens próprios para beneficiar os súditos, e se tornam mais ricos”. Outros, isto é, tiranos, “arrebata o que não é seu e andam sempre na penúria”. Aliás, sucede semelhantemente por justo juízo de Deus, que quem ajunta riquezas injustamente as desbarata inutilmente, ou lhe são também justamente subtraídas. Pois, como diz Salomão (Ecl 5,9): “O avarento não se encherá de dinheiro e quem ama as riquezas, delas não tirará fruto”; mas antes, como se diz alhures (Pr 15,27): “Perturba a sua casa aquele que segue a avareza”. Aos reis que procuram a justiça, porém acrescenta-lhes Deus as riquezas, como Salomão (3Rs 3,9-13; Pr 10,7) que, buscando a sabedoria para fazer julgamento, recebeu a promessa da abundância de riquezas¹⁴.

5. A IDEIA DE JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E O SERMÃO DE SANTO ANTÔNIO DO PADRE ANTÔNIO VIEIRA

A busca pela tributação justa constitui aspiração antiga. O Padre Antônio Vieira defendeu uma **tributação equitativa e moderada**, nos difíceis anos que se seguiram ao fim da União Ibérica e à restauração portuguesa, que resultou na ascensão do duque de Bragança ao trono¹⁵, conforme se vê no seguinte trecho do Sermão de Santo Antônio, proferido em 14 de setembro de 1642:

O maior jugo de um reino, a mais pesada carga de uma república, são os imoderados tributos. Se queremos que sejam leves,

14 AQUINO, Santo Tomás de. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995. P. 155-156. Disponível em: https://sumateologica.wordpress.com/wp-content/uploads/2009/07/escritos_politicos_de_sto_tomas_de_aquino.pdf. Acesso em: 3 abr. 2026. (www.slideshare.net)

15 LOUREIRO, Marcello José Gomes. “Doces tributos”: Antônio Vieira e o pacto da Restauração. **Revista Angelus Novus**, São Paulo, Brasil, n. 7, p. 11–30, 2015. P. 12. DOI: [10.11606/ran.v0i7.97813](https://doi.org/10.11606/ran.v0i7.97813). Disponível em: <https://revistas.usp.br/ran/article/view/97813>. Acesso em: 15 mar. 2026.

se queremos que sejam suaves, repartam-se por todos. Não há tributo mais pesado que o da morte, e, contudo, todos o pagam, e ninguém se queixa, porque é tributo de todos. Se uns homens morreram e outros não, quem levava em paciência esta rigorosa pensão da mortalidade? Mas a mesma razão, que a estende, a facilita, e, porque não há privilegiados, não há queixosos. Imitem as resoluções políticas o governo natural do Criador: *Qui solem suum oriri facit super bonos et malos, et pluit super justos et injustos*, — Se amanhece o sol, a todos aquece, e se chove o céu, a todos molha. Se toda a luz caíra a uma parte, e toda a tempestade a outra, quem o sofrera? Mas não sei que injusta condição é a deste elemento grosseiro, em que vivemos, que as mesmas igualdades do céu, em chegando à terra, logo se desigalam. Chove o céu com aquela igualdade distributiva que vemos; mas, em água chegando à terra, os montes ficam enxutos, e os vales afogando-se; os montes escoam o peso da água de si, e toda a força da corrente desce a alargar os vales, e queira Deus que não seja teatro de recreação, para os que estão olhando do alto, ver nadar as cabanas dos pastores sobre os dilúvios de suas ruínas. Ora, guardemo-nos de algum dilúvio universal, que, quando Deus iguala desigualdades, até os mais altos montes ficam debaixo da água. O que importa é que os montes se igualem com os vales, pois, os montes são a quem principalmente ameaçam os raios, e reparta-se por todos o peso, para que fique leve a todos. Os mesmos animais de carga, se lha deitam toda a uma parte, caem com ela; e a muitos navios meteu nas mãos dos piratas a carga, não por muita, mas por descompassada. Se se repartir o peso com igualdade de justiça, todos o levarão com igualdade de ânimo: *Nullus enim gravanter obtulit, quod cum aequitate persolvitur*: Porque ninguém toma pesadamente o peso que se lhe distribuiu com igualdade — disse o político Cassiodoro¹⁶.

Após o Concílio de Trento (1545–1563), a Igreja passou a empreender ações apostólicas e pastorais para reconquistar os fiéis afastados da hierarquia eclesiástica. Nesse contexto, a pregação tornou-se um meio eficiente de

16 VIEIRA, Antônio. **Sermão de Santo Antônio**. Belém: Universidade da Amazônia – UNAMA, Núcleo de Educação a Distância (NEAD). Disponível em: <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/fabiomesquita/textos/obras-literarias/Sermao%20de%20Santo%20Antonio%20-%20Antonio%20Vieira.pdf/view>. Acesso em: 15 mar.2026.

difusão cultural, e o pregador assumiu o papel de importante intermediário cultural. Ele não apenas incentivava a adesão à doutrina católica, mas também transmitia um conjunto de ideias sociais, políticas e culturais, chegando, em alguns casos, a incorporar ao discurso crenças das camadas populares iletradas. O Padre Antônio Vieira foi um desses pregadores. Segundo Luís Miguel Carolino,

O pregador era assim, ao longo dos séculos XVI e XVII, um importantíssimo intermediário cultural. Como teorizou a recente antropologia histórica, o pregador assume-se como um intermediário cultural de exceção, pois ele não apenas é a porta-voz da cultura e da ideologia partilhadas pelas hierarquias sociais, como em alguns casos, traz ao plano da cultura vigente manifestações da cultura popular ou das culturas alternativas.

O padre Antônio Vieira J.S. (1608 - 1697), foi um exemplo disso mesmo. Portador, por um lado, da formação filosófica de base da Companhia de Jesus ministrada no Colégio da Bahia, portanto conhecedor da filosofia escolástica e, por outro lado, de origem social humilde, ele transporta para os seus discursos representações e mesmo preocupações, como demonstrou Reis Torgal, de largos sectores da sociedade. Um exemplo disso são as crenças messiânicas.

Acresce a este facto que Vieira, cuja vida decorreu entre os sertões longínquos e as cidades brasileiras, entre Portugal e variadíssimas capitais europeias, parece ter tido uma receptividade muito grande junto à sociedade. Ainda que não haja indicadores directos do êxito que conheceu, a proliferação de sermões apócrifos a ele atribuídos e os testemunhos dos seus contemporâneos indicam que o seu sermonário foi um poderoso instrumento apostólico e político¹⁷.

Proferido na Igreja das Chagas de Lisboa, em 1642, o “*Sermão de Santo Antônio*”, de Antônio Vieira, convoca todos os estamentos (os três estados)

17 CAROLINO, Luís Miguel. A ciência e os topoi retóricos em Antônio Vieira: um caso de difusão cultural em Portugal e no Brasil durante o século XVII. *Revista da Sociedade Brasileira de História da Ciência*, [S. l.], n. 18, p. 55–72, 1997. Disponível em: <https://rbh.ciencia.emnuvens.com.br/rsbhc/article/view/521>. P. 58. Acesso em: 3 abr. 2026.

da sociedade portuguesa à “conservação” do Estado recém-independente. O sermão precede a convocação das Cortes por D. João IV, com o objetivo de reavaliar a carga tributária do Reino. O debate concentrou-se em torno da décima, um novo tributo destinado a financiar a guerra contra Castela. Contudo, a exação deveria ser percebida como um donativo. Foi esse o mote do sermão do Padre Vieira.

Por que, então, o Sermão foi denominado de Santo Antônio? Raphael Silva Fagundes explica que:

Santo Antônio era um santo português canonizado por Roma menos de um ano após sua morte, em 13 de junho de 1231. Era considerado um perfeito procurador de corte por duas qualidades: “ser fiel e ser estadista”. É a partir dos atributos dados ao santo que a conservação do Estado português seria possível, isto é, todo português deveria ser fiel e estadista. Por meio da atividade retórica, Vieira estabelece uma unidade entre o santo e os ouvintes e recheia a cena comunicativa de sacralidade.

Santo Antônio é conhecido por recuperar coisas perdidas e Castela fazia preces a ele com esta finalidade. Por seu turno, Vieira afirmava que, para os seus compatriotas, Santo Antônio tinha um outro fim: conservar. “Santo Antônio, para os estrangeiros, é recuperador do perdido; para com os seus é conservador do que se pode perder” (VIEIRA, 1995: 06). Em seguida, Vieira diz que o santo ressuscitava os mortos, no entanto, somente estranhos. “Aos estranhos ressuscitou-os depois de perderem a vida, a seu pai defendeu-lhe a vida, para que não chegasse a perdê-la; aos estranhos remedeia, mas ao seu sangue preserva”. O próprio Cristo agia da mesma forma: “a todos os homens geralmente livrou-os da morte do pecado, depois de incorrerem nele, mas sua Mãe preservou-a”. Depois conclui: “Assim fez Santo Antônio” (VIEIRA, 1995: 07). Assim os portugueses deveriam fazer o mesmo, preservar o que amam, o que estava próximo¹⁸.

18 FAGUNDES, Raphael Silva. Antigas lições para problemas imediatos: o padre Antônio Vieira e a taxação dos ricos. *Le Monde Diplomatique Brasil*, 28 abr. 2021. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/antigas-licoes-para-problemas-imediatos-o-padre-antonio-vieira-e-a-taxacao-dos-ricos/>. Acesso em: 3 abr. 2026.

No sermão, o Padre Vieira qualifica os portugueses como o “sal da terra”, ressaltando que a propriedade essencial do sal reside na sua capacidade de conservar. A partir dessa metáfora, atribui-lhe ainda a função de articular três elementos — o fogo (Estado eclesiástico), o ar (nobreza) e a água (povo) — em ordem à preservação de um quarto elemento, a terra. É precisamente por meio dessa construção simbólica que se torna inteligível a coesão de componentes estruturalmente desiguais, como aqueles que compunham os três estados da sociedade lusitana¹⁹. Segundo o historiador e crítico literário português Hernani Antônio Cidade,

Nenhum sermão, porém, mais notável do que o proferido na igreja das Chagas, em 14 de setembro de 1642, em véspera da reunião das cortes que ali mesmo se effectuaria, a fim de por ellas se obter o dinheiro necessario ao custeio da guerra com Espanha.

Santo Antônio é o procurador do Céu às cortes da sua terra. E que diz elle aos outros procuradores? — Vós sois o sal da terra. Não bastava effectivamente ter sido pescador astuto que soube aproveitar a água revolta e lançar as redes a tempo... Pescou Portugal o seu reino, pescou Portugal a sua côrte; advirta agora Portugal que não pescou para a comer, senão para a conservar.

Mas o sal não apenas conserva, senão também tempera; assim devem ser os remédios da república — conservativos, sim, mas desabridos, não. Christo, mandando a S. Pedro que fôsse pescar um peixe e da boca d’este tirasse a moeda com que havia de pagar o tributo a César, deu o exemplo a seguir:

«Quis o Senhor que pagasse S. Pedro o tributo, sim, mas seja com tal suavidade e com tão pouco dispêndio seu, que, satisfazendo às obrigações de tributário, não peça os interesses de pescador; coma o seu peixe como dantes comia e mais pague

19 MAGALHÃES, L. H. PADRE ANTÔNIO VIEIRA E A ECONOMIA PORTUGUESA NA ÉPOCA DA RESTAURAÇÃO. *Revista de História Regional*, [S. l.], v. 11, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2224>. P. 9-10. Ftrb. Acesso em: 3 abr. 2026.

o tributo que dantes não pagava... Mas esta diferença há entre os tributos suaves e os tributos violentos: que os suaves tiram-se da boca do peixe; os violentos da boca do pescador.» (Ibid., p. 68).

Outra propriedade do sal de que fala Christo é ser de toda a terra, é salgar não apenas um gênero de gente. Mas como igualar nas obrigações estados desiguais por essência? O mesmo texto o explica. Não diz êle: — Vós sois como o sal, senão: — Vós sois sal.

«Assim como o sal é uma junta de três elementos — fogo, ar e água — assim a república é união de três estados — eclesiástico, nobreza e povo. O elemento do fogo representa o estado eclesiástico, elemento mais levantado que todos, mais chegado ao Céu e afastado da terra; elemento a quem todos os outros sustentam, sendo êle de sustentar a ninguém. O elemento do ar representa o estado da nobreza, não por ser a esfera da vaidade, mas por ser o elemento da respiração, porque os fidalgos de Portugal foram o instrumento felicíssimo por que respiramos, devendo êste Reino eternamente à resolução de sua nobreza os alentos com que vive, os espíritos com que se sustenta. Finalmente o elemento água representa o estado do povo, e não, como dizem os críticos, por ser elemento inquieto e indómito, que à variedade de qualquer vento se muda, mas por servir o mar de muitos e mui proveitosos usos à terra, conservando os comércios, enriquecendo as cidades e sendo o melhor vizinho que a natureza deu às que amou mais.» (Ibid., P. 74).

E tal como no sal, os elementos que o compõem deixam de ser êles mesmos para se converter em sal, assim «aquêles três elementos naturais deixem de ser o que eram, para se converterem em uma espécie conservadora das cousas... O estado eclesiástico deixe de ser o que é por imunidade e anime-se a assistir o que não deve. O estado da nobreza deixe de ser o que é por privilégios e alente-se a concorrer com o que não usa. O estado do povo deixe de ser o que é por possibilidade e esforce-se a contribuir com o que pode. E desta maneira, deixando cada um

de ser o que foi alcançarão todos juntos a ser o que devem: sendo esta concorde união dos três elementos eficaz conservadora do quarto. Vos estis sal terræ.» (Ibid., p. 74)²⁰.

No início do sermão, o Padre Vieira aponta o que considerava o maior problema do sistema tributário português: a forma violenta com a qual os tributos eram exigidos. Como solução, propõe que o “remédio” fosse universal, e não particular, isto é, que todos assumissem seu papel social e contribuíssem para o objetivo maior comum a todos os portugueses: a conservação do Reino. Nas palavras de Vieira,

Bom era que nos igualássemos a todos; mas, como pode-se igualar extremos que têm a essência na mesma desigualdade? Quem compõe os três estados do reino é a desigualdade das pessoas. Pois, como se hão de igualar os três estados, se são estados porque são desiguais²¹?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional nº 132, de 2023, representa um marco relevante na evolução do sistema tributário nacional, sobretudo pela positividade de novos princípios constitucionais, entre os quais se destaca o da justiça tributária. Ainda que tais princípios possuam natureza predominantemente programática, sua inserção no texto constitucional consiste em diretriz voltada à construção de um sistema mais equitativo, transparente e funcional.

A justiça tributária não constitui categoria isolada, mas conjugada com outros princípios constitucionais tributários, como a isonomia, a capacidade contributiva e a vedação ao confisco.

20 CIDADE, Hernâni. **Padre Antônio Vieira: estudo biográfico e crítico (acompanhado dum sermão e sua apologia, acerca do Quinto Império)**. 2. ed. melhorada. Lisboa: Agência Geral das Colónias, 1940. v. 1. P. 41-43. Disponível em <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=u20sAAAAIAAJ&oi=fnd&pg=PA3&dq=padre+antonio+vieira+tributos&ots=Tfnpn4YOD0&sig=stAaWBzA3y-hDLGXklIzKN50hN0#v=onepage&q=padre%20antonio%20vieira%20tributos&f=false>. Acesso em: 3 abr. 2026.

21 *Ibid.*

A noção de justiça tributária possui raízes filosóficas e teológicas, que vinculam a tributação à ideia de proporcionalidade, de moralidade e do bem comum. Desde a concepção clássica de dar a cada um o que lhe é devido até as formulações modernas de capacidade contributiva, evidencia-se a justiça como fundamento da tributação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Santo Tomás de. **Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino**. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995. Disponível em: https://sumateologica.wordpress.com/wp-content/uploads/2009/07/escritos_politicos_de_sto_tomas_de_aquino.pdf. Acesso em: 3 abr. 2026.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BRANDÃO, C. Do ius ao directum: a reconfiguração do método do direito. **Duc In Altum – Cadernos de Direito**, [S. l.], v. 13, n. 31, 2022. DOI: 10.22293/2179507x.v13i31.2173.

CAROLINO, Luís Miguel. A ciência e os topoi retóricos em Antônio Vieira: um caso de difusão cultural em Portugal e no Brasil durante o século XVII. **Revista da Sociedade Brasileira de História da Ciência**, [S. l.], n. 18, p. 55-72, 1997. Disponível em: <https://rbhciencia.emnuvens.com.br/rsbhc/article/view/521>. Acesso em: 3 abr. 2026.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CIDADE, Hernâni. **Padre Antônio Vieira: estudo biográfico e crítico (acompanhado dum sermão e sua apologia, acerca do Quinto Império)**. 2. ed. melhorada. v. 1. Lisboa: Agência Geral das Colónias, 1940. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=u-20sAAAAIAAJ>. Acesso em: 3 abr. 2026.

FAGUNDES, Raphael Silva. Antigas lições para problemas imediatos: o padre Antônio Vieira e a taxaço dos ricos. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 28 abr. 2021. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/antigas-lico-es-para-problemas-imediatos-o-padre-antonio-vieira-e-a-taxacao-dos-ricos/>. Acesso em: 3 abr. 2026.

LEÃO XIII. **Carta encíclica *Rerum Novarum*: sobre a condição dos operários**. 15 maio 1891. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 3 abr. 2026.

LEÃO XIV. **Discurso por ocasião da inauguração do Ano Judiciário do Tribunal do Estado da Cidade do Vaticano**. 14 mar. 2026. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/leo-xiv/pt/speeches/2026/march/documents/20260314-inaugurazione-anno-giudiziario.html>. Acesso em: 3 abr. 2026.

LOUREIRO, Marcello José Gomes. “Doces tributos”: Antônio Vieira e o pacto da Restauração. **Revista Angelus Novus**, São Paulo, n. 7, p. 11-30, 2015. DOI: 10.11606/ran.v0i7.97813. Disponível em: <https://revistas.usp.br/ran/article/view/97813>. Acesso em: 15 mar. 2026.

MAGALHÃES, L. H. Padre Antônio Vieira e a economia portuguesa na época da Restauração. **Revista de História Regional**, [S. l.], v. 11, n. 1, 2007. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2224>. Acesso em: 3 abr. 2026.

MEIRELLES, José Ricardo. **O princípio da capacidade contributiva**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34, n. 136, 1997.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito natural, direito positivo e Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SOUSA, José Pedro Galvão de. O que deve ser uma Constituição (final). **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, n. 34.347, p. 42, 17 fev. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/114596>. Acesso em: 3 abr. 2026.

VIEIRA, Antônio. **Sermão de Santo Antônio**. Belém: Universidade da Amazônia, Núcleo de Educação a Distância, [s.d.]. Disponível em: <http://paginapessoal.utfpr.edu.br/fabiomesquita/textos/obras-literarias/Sermao%20de%20Santo%20Antonio%20-%20Antonio%20Vieira.pdf/view>. Acesso em: 15 mar. 2026.

DIFERENTES MODALIDADES DE PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO APLICADAS AO DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

Jorge André de Carvalho Mendonça²

Doutor em Direito Processual e Hermenêutica pela
Universidade Católica de Pernambuco

Pesquisador Visitante na Universidade de Duke,
nos Estados Unidos (2018/2019), com

Doutorado Sanduíche no exterior reconhecido no Brasil

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco

Especialista em Direito Processual Público
pela Universidade Federal Fluminense

Professor do mestrado da Faculdade Damas, em Recife/PE

Ex-defensor público

Ex-juiz de direito

Juiz auxiliar no STJ de 2020 a 2023

Juiz federal desde 2003

RESUMO: Existe hoje uma corrente de pensamento jurídico denominada pós-positivismo, que é, provavelmente, a mais aceita no Brasil, inclusive no campo criminal. Ela tem sido investigada não apenas por professores de direito penal, mas também por constitucionalistas, com características distintas e relevantes

1 Trabalho originalmente publicado, na língua inglesa, na revista Human(ities) and Rights, Global Network Journal, Vol.5, número 1, p. 193-203, 2023. Disponível em <https://humanitiesandrights.com/journal/index.php/har/article/view/104/71>. Acesso em 24/05/2026.

2 Doutor em Direito Processual e Hermenêutica pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisador Visitante na Universidade de Duke, nos Estados Unidos (2018/2019), com Doutorado Sanduíche no exterior reconhecido no Brasil. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense. Professor do mestrado da Faculdade Damas, em Recife/PE.

em seu interior. Nossa intenção, neste trabalho, é pesquisar o conteúdo principal de ambas as vertentes do pós-positivismo criminal, incluindo uma breve análise de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Pós-positivismo jurídico. Constitucionalismo. Direito Penal. Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO: TRANSFORMAÇÕES DO POSITIVISMO JURÍDICO AO LONGO DO TEMPO

Entre o final do século XVIII e o início do século XIX, emergiu o período do positivismo científico. Logo após o término da Revolução Francesa, iniciou-se o movimento de codificação nos países de tradição romano-germânica [*civil law*], por razões variadas. Na França, além do célebre Código Civil napoleônico, o país também contou com um Código Penal na mesma década.³ Naquele período, a Escola da Exegese era dominante na França no âmbito da teoria do direito, sustentando que os textos legais eram claros e que, por isso, os juízes deveriam apenas aplicar a lei estatutária, sem interpretá-la.

Como afirmamos em outra ocasião,⁴ em 1801, embora Portalis soubesse que a lei não poderia prever tudo, ela representava a marca dos lugares onde os indivíduos possuíam direitos. Ele também afirmou que em todos os Estados despóticos havia mais juízes e executores do que legislação.⁵

Ao longo do século XIX, esse legalismo prevaleceu no *civil law*, a despeito de algumas variações conforme os diferentes pensadores, especialmente da França e da Alemanha. No direito penal não foi diferente, evidentemente. Fossem mais conservadores ou um pouco menos, os principais penalistas sustentavam o positivismo jurídico, como Karl Binding e Franz von Liszt.⁶

Nos Estados Unidos, porém, país de tradição do *common law*, o silogismo lógico, característico daquele positivismo jurídico tradicional, perdeu espaço na segunda metade do século XIX em razão do pragmatismo filosófico e jurídico. Conforme Oliver Wendell Holmes Jr., por exemplo, a noção de que a lógica é a única força atuante no desenvolvimento do direito é uma falácia, pois a certeza em geral é uma ilusão.⁷ Apesar disso, além de diferenciar mora-

3 Décadas antes, Cesare Beccaria já afirmava que a lei deveria ser clara, sobretudo porque os juízes não podiam interpretar o direito penal, pois não eram membros do Legislativo (BECCARIA 2009, 36 e 40).

4 MENDONÇA 2020, 222-223.

5 PORTALIS 1801, 16-17.

6 Segundo Liszt, que era menos formalista do que Binding, a proteção que uma ordem jurídica confere aos interesses das pessoas é uma proteção segundo regras (LISZT 2003, 141).

7 HOLMES Jr. 1897, 8.

lidade e direito,⁸ ele também escreveu contra o direito natural, afirmando que os juristas que nele creem parecem estar em estado de ingenuidade mental.⁹

Adentrando o século XX, ainda antes da Segunda Guerra Mundial, mesmo no *civil law*, o positivismo jurídico começou a se transformar com maior intensidade. Hans Kelsen, influenciado pelo neokantismo, sustentou que a lei era incerta, por diversas razões. Em decorrência disso, afirmou que não existia apenas uma interpretação correta para cada caso, asseverando que os juízes detinham poder discricionário e também criavam o direito. Em contraste, eram os juristas que não podiam fazer o mesmo, cabendo-lhes apenas indicar as opções admitidas dentro do texto legal, para que o juiz escolhesse uma delas. Do contrário, eles, os juristas, não seriam cientistas.¹⁰

Desde o término da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico tem se transformado especialmente nos países de *common law*, onde segue caminhos distintos, embora sempre estabelecendo diferença entre moralidade e direito. Não dispomos de espaço suficiente para explicá-lo aqui, mas é importante destacar, ao menos, que hoje essa corrente de pensamento pode ser dividida em positivismo inclusivista ou brando [*soft positivism*], positivismo exclusivista ou rígido [*hard positivism*] e positivismo normativo [*normative positivism*].

No Brasil, por outro lado, alguns professores de direito sustentam que o positivismo jurídico entrou em declínio após a Segunda Guerra Mundial. Sem enfrentar esse “novo positivismo”, o antigo passou a ser associado ao fascismo na Itália e ao nazismo na Alemanha, regimes que promoveram atrocidades sob o manto da legalidade.¹¹ Assim, buscam outra forma de pensar o direito, criando o que denominam pós-positivismo jurídico. Mas o que é o pós-positivismo jurídico, especialmente no direito penal? E como o Supremo Tribunal Federal enfrenta a questão?

8 HOLMES Jr. 1897, 2.

9 HOLMES Jr 1917, 41.

10 KELSEN 2006, 387-397. O neokantismo, restabelecendo algum vínculo entre direito e valores, também exerceu influência sobre o direito penal, mitigando de certa forma o positivismo formal. Durante as primeiras décadas do século XX, juristas como Reinhart Frank, Mayer, Edmund Mezger, entre outros, promoveram mudanças na teoria alemã do delito, sem, contudo, abandonar sua estrutura fundamental.

11 BARROSO 2005, 4.

1. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO SEGUNDO OS PENALISTAS

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a importância do direito natural voltou a crescer nos países de tradição do *civil law* como o Brasil. Tratava-se, porém, de um novo direito natural, que passaria a se vincular aos princípios constitucionais.¹²

Na Alemanha, a teoria do delito também se transformou naquele momento. Entre 1945 e 1965 a ideia central era a de que a intenção humana constituía o elemento principal para a solução dos problemas penais.¹³ Passou a ser em geral exigido um elemento subjetivo do delito, voltado a essa intenção, o qual independia de qualquer juízo de valor e representava a verdade eterna, anterior a qualquer norma, o que caracterizava o pensamento, em outras palavras, como ligado a uma espécie de direito natural.¹⁴ Essa teoria exerceu enorme influência no Brasil, onde ainda parece ser aplicada por muitos professores e pelos tribunais penais.¹⁵

Não obstante o pensamento tenha se transformado na Alemanha desde as últimas três décadas do século XX, é difícil afirmar se um novo positivismo prevalece no seu campo penal, sobretudo em razão de várias ideias diferentes sobre o problema. Com efeito, muitos renomados professores relacionam filosofia e normas penais produzidas pelo Poder Legislativo e afirmam que um aspecto político do direito penal pode, por vezes, invalidar essas normas.¹⁶ Apesar da grande controvérsia acadêmica em torno da questão, eles propõem um limite ao legislador, que não poderia criminalizar uma conduta contrariando certos fundamentos filosóficos, sob pena de sua invalidação pelo Poder Judiciário.¹⁷

12 ABBoud; CARNIO; OLIVEIRA 2019, 327.

13 ROXIN 2014c, 101 e 103.

14 ROXIN 2014b, 118.

15 Superior Tribunal de Justiça 2018.

16 ROXIN 2014a, 90 e 91.

17 Não dispomos de espaço suficiente para explicar todo esse problema, mas importantes juristas alemães que pensam dessa forma, como Hassemer, Schünemann e Roxin, são citados por Greco em uma breve apresentação de obra

No Brasil, os professores de direito penal geralmente partilham de ponto de vista semelhante. Freitas sustenta, por exemplo, que os costumes são capazes não apenas de auxiliar a interpretação do direito penal, mas que, em determinadas situações concretas, situam-se acima da legislação incriminadora, desempenhando papel relevante ligado à política criminal, ainda que somente em favor da liberdade individual, como garantia penal.¹⁸

Greco, professor brasileiro que há muitos anos vive e leciona na Alemanha, parece pensar de modo semelhante. Ao criticar uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, sustentou que ele deveria ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal que ainda criminaliza o incesto naquele país. Segundo ele, o tribunal deveria ter separado a conduta imoral do comportamento criminoso, pois desconhecer essa diferença é esquecer o princípio da liberdade no direito penal.¹⁹

Brandão, de forma semelhante, destaca que, além de sua dimensão interpretativa, o direito penal possui também uma feição política, um significado político. Tal aspecto, segundo ele, impõe limites à tarefa legislativa de criminalização de condutas e permite que alguns casos sejam resolvidos mesmo em sentido contrário à norma legal, de acordo com as circunstâncias concretas. Por outro lado, sustenta que os intérpretes não podem desprezar, entre outros, o princípio da legalidade, o que significa que lhes é vedado criar crimes. Ele denominou essa teoria exatamente de pós-positivismo.²⁰

Portanto, ainda que a expressão pós-positivismo não seja usualmente empregada no circuito criminal brasileiro, podemos afirmar que essa teoria, quando estudada pelos penalistas, é sempre de caráter liberal, somente sendo apta a restringir o poder punitivo estatal.

coletiva por eles organizada para discutir o tema (GRECO 2016, 4).

18 FREITAS 2020, 127 e 146.

19 GRECO 2010, 182.

20 BRANDÃO 2006, 195, 200, 202, 204, 206, 207 e 209.

2. O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PENAL SEGUNDO OS CONSTITUCIONALISTAS

Além do pós-positivismo penal brevemente explicado anteriormente, existe no Brasil outro pós-positivismo jurídico, ensinado principalmente por constitucionalistas ou por professores de hermenêutica jurídica. Barroso informa que ele constitui o fundamento filosófico do novo constitucionalismo, explicando, também no campo penal, algumas de suas características. Em primeiro lugar, essa teoria se relaciona com os direitos constitucionais e com as restrições à criminalização legislativa e à punição, impostas pelos novos valores constitucionais e pelas transformações dos costumes. Isso se aproxima muito da teoria explicada no tópico anterior. Por outro lado, ela abrange igualmente uma obrigação de criminalizar determinadas condutas, sugerindo que o legislador não pode fazer menos do que o necessário, sob pena de violar a Constituição.²¹ Entendemos que ele quer dizer, em outras palavras, que esse pós-positivismo é capaz não apenas de restringir a criminalização, mas também de ampliá-la, inclusive em sentido contrário à escolha legislativa.

Uma vertente desse pós-positivismo jurídico sustenta que ele se funda especialmente em Ronald Dworkin, Friedrich Müller e Hans-Georg Gadamer. Afirma que a linguagem utilizada pela lei não pode ser totalmente clara e que os métodos de interpretação jurídica são incapazes de alcançar a resposta correta. Porém, sustenta que obter a resposta correta é possível, desde que os intérpretes apliquem princípios jurídicos que conectem moralidade e direito, ainda que em sentido contrário aos textos legais.²²

Provavelmente pensando nessa teoria o italiano Luigi Ferrajoli a denomina constitucionalismo jusnaturalista. Informa que ela mistura a validade dos textos legais com a sua justiça, negando o direito como um sistema apenas de regras, e acrescenta que ela enfatiza o papel do raciocínio jurídico à luz dos

21 BARROSO 2005, 4 e 33-35.

22 Também aqui não dispomos de espaço para explicar outros aspectos dessa teoria nem para citar os importantes estudiosos que são indicados como seus partidários.

princípios constitucionais aplicados às situações concretas, como forma de resolver o que considera uma crise do positivismo jurídico.²³

Streck, renomado jurista brasileiro, parece seguir essa orientação. Aplicando seu pós-positivismo jurídico ao direito penal, ele teve a oportunidade de defender, por exemplo, que uma lei que descriminaliza determinadas condutas como corrupção, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outras, é inválida, sugerindo que o princípio da legalidade não é suficiente para uma conclusão em sentido oposto.²⁴

Não podemos afirmar que o Supremo Tribunal Federal decide preponderantemente dessa forma, pois não é nossa intenção realizar aqui uma pesquisa quantitativa. De todo modo, entendemos que isso ocorreu em algumas ocasiões, talvez porque nenhum ministro daquela Corte seja professor de direito penal. Por exemplo, em 2019 o tribunal decidiu criminalizar a homofobia e a transfobia, apresentando um consistente raciocínio moral contra o preconceito e afirmando que não estava praticando analogia. Entretanto, os ministros admitiram que o Congresso não havia logrado criar os tipos penais até aquele momento, embora os parlamentares estudassem a questão há muito tempo. Em outras palavras, a Corte reconheceu que havia uma lacuna na lei e afirmou que outra lei, que criminaliza o racismo, seria igualmente aplicável a essas condutas até que o Poder Legislativo editasse uma lei específica.²⁵ Isso é um típico caso de raciocínio por analogia, utilizado por boas razões morais, mas em detrimento do princípio da legalidade em matéria penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pós-positivismo constitucional brasileiro aplicado ao direito penal pode trazer boas ideias morais para fundamentar o resultado encontrado

23 FERRAJOLI 2012. Por outro lado, afirma ele, há o constitucionalismo positivista como nova modalidade da filosofia positivista do direito. Evidentemente, este também enfatiza a Constituição e a democracia substancial, mas igualmente o princípio da legalidade. Assim, não admite a conexão entre direito e moral.

24 STRECK 2004, 310 e 311.

25 STF, ADO 26/DF e MI 4733/DF.

em casos concretos. Por outro lado, pode conduzir, por vezes, a soluções distintas, embora assentadas em vagos princípios semelhantes. Barroso, por exemplo, atuando como ministro do Supremo Tribunal Federal, emitiu seu voto admitindo a execução imediata da pena de condenações pelo Tribunal do Júri,²⁶ enquanto Streck, na conclusão exatamente oposta, criticou seu voto em comentário acadêmico.²⁷ Embora a divergência diga respeito ao processo penal, o mesmo fenômeno pode, evidentemente, ocorrer em matéria de direito penal.

Por esses problemas, costumamos repetir que concordaremos com a conexão entre direito e moral no dia em que a justiça se tornar uma verdade evidente, ou pelo menos quando for demonstrável como uma verdade matemática.²⁸ Porém, isso não é aceito nem pelo pós-positivismo “científico”.

Mas isso nem é o pior.

Não cremos que o pós-positivismo brasileiro, ensinado pelos constitucionalistas e pelos professores de hermenêutica jurídica, esteja adequadamente diferenciado em suas distintas vertentes, nem organizado de modo a explicar suas divergências internas. Além disso, quando amplia o poder punitivo estatal, sem respaldo em lei, afasta-se consideravelmente da teoria seguida pelo chamado pós-positivismo criminal. Esse é, provavelmente, o problema mais grave.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia e sociologia do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Re-**

26 STF, RE 1.235.340/SC.

27 STRECK 2023.

28 BOBBIO 2008, 56.

vista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, p. 195-213, jan./jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.689.173/SC**. Sexta Turma, 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF e Mandado de Injunção n. 4.733/DF**. 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.235.340/SC**. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 ago. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. Teoria da adequação social: a dogmática do direito penal e a formulação dos critérios da conduta socialmente adequada. **Ciências Criminais em Perspectiva**, Recife, v. 1, p. 109-150, jul./dez. 2020.

GRECO, Luís. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? Algumas considerações introdutórias. In: **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p. 166-185, jan./fev. 2010.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Disponível em: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2023.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **Natural Law**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1327676>. Acesso em: 6 ago. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russel Editores, 2003.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code civil**. Disponível em: http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. Acesso em: 6 ago. 2023.

ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. In: **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. In: **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: **Novos estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco *et al.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O STF, a prisão no júri e o voto equivocado do ministro Luís Roberto Barroso. **Consultor Jurídico (ConJur)**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 ago. 2023.

RACIONALIDADE DECISÓRIA DECORRENTE DA INCIDÊNCIA DE TESES FIRMADAS EM PROCESSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA

Kylce Anne de Araujo Pereira
Juíza federal

Tâmara Milena Albuquerque Vieira

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) ensejou profundas transformações no sistema processual brasileiro, ao fortalecer o papel dos precedentes judiciais, especialmente aqueles oriundos de Tribunais Superiores. A partir da nova sistemática prevista no referido diploma legal, decisões proferidas em julgamentos de recursos repetitivos, repercussão geral e outros precedentes qualificados passaram a exercer função uniformizadora da interpretação do direito, devendo ser observadas pelas demais instâncias do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o art. 927 do CPC estabelece que juízes e tribunais observarão o conteúdo dos acórdãos em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos. A lógica subjacente a esse modelo é a de proporcionar maior coerência, previsibilidade e estabilidade na aplicação do direito, de modo a aproximar o sistema jurídico brasileiro da cultura de precedentes.

Entretanto, a implementação prática desse modelo suscita importantes questões interpretativas. Um dos questionamentos mais sensíveis diz respeito ao momento adequado para incidência da norma, muitas vezes contida em tese

firmada, do precedente qualificado, especialmente quando o acórdão paradigma ainda não transitou em julgado. Surge, então, a indagação: **é juridicamente adequado aplicar imediatamente a tese firmada por Tribunal Superior, ou seria mais prudente aguardar o trânsito em julgado do precedente?**

A análise dessa questão revela que, embora o precedente possua força vinculante, existem razões relevantes de segurança jurídica, estabilidade jurisprudencial e racionalidade processual que recomendam cautela na sua aplicação antes do momento em que se torna definitivo o julgamento do representativo de controvérsia.

1. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O CPC/2015 introduziu um modelo de precedentes estruturado, voltado à uniformização da jurisprudência e à redução da litigiosidade repetitiva. O art. 926 determina que os tribunais devem manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, enquanto o art. 927 estabelece o rol de precedentes que devem ser observados pelos órgãos jurisdicionais.

Entre tais precedentes qualificados destacam-se:

- decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- enunciados de súmula vinculante;
- acórdãos em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos;
- teses fixadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR);
- julgamentos de assunção de competência (IAC).

Há dupla finalidade do modelo instituído pelo CPC/2015: busca-se uniformizar a interpretação do direito, de forma a evitar decisões divergentes em

situações idênticas, ao passo que se pretende aumentar a eficiência do sistema judicial, com redução do quantitativo de litígios repetitivos.

Contudo, o próprio sistema pressupõe que os precedentes qualificados sejam dotados de estabilidade e definitivos, de modo a orientar adequadamente a atuação dos demais órgãos do sistema de justiça. É justamente nesse ponto que surge a relevância do trânsito em julgado do acórdão paradigma como pressuposto para sua necessária incidência no caso concreto.

2. A IMPORTÂNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ESTABILIDADE DO PRECEDENTE

Os efeitos da coisa julgada apenas se configuram no momento em que se esgotam as possibilidades de modificação das decisões – inclusive aquelas proferidas em processos representativos de controvérsia – por meio de recursos. O trânsito em julgado representa a consolidação definitiva da decisão judicial prolatada. No âmbito dos precedentes qualificados, essa definitividade assume papel ainda mais relevante.

Isso porque, após o julgamento do recurso repetitivo ou do recurso com repercussão geral reconhecida, **é corriqueiro ocorrer a interposição de embargos de declaração**, recurso indispensável em muitas situações, destinado não apenas a sanar omissões ou contradições, mas também a delimitar com precisão a tese jurídica firmada.

O grau de definitividade dos julgados proferidos nos processos representativos de controvérsia não raro demanda reanálise de questões fundamentais, cuja análise pode não haver ocorrido por ocasião do primeiro julgamento.

Nesse sentido, o recurso de embargos de declaração pode ensejar:

- ajustes na redação da tese jurídica;
- esclarecimentos quanto ao alcance da decisão;
- definição de modulação de efeitos.

Tais providências podem ser fundamentais para a correta aplicação do precedente qualificado pelos demais órgãos do sistema de justiça. Caso tal precedente seja aplicado antes da estabilização definitiva, há risco de que decisões judiciais se baseiem em formulações ainda provisórias do entendimento jurisprudencial, que haverá de ser firmado posteriormente, quando do julgamento do recurso de embargos de declaração.

Nesse cenário, aguardar o trânsito em julgado do precedente é mecanismo de preservação de valores como segurança jurídica, racionalidade e coerência decisória.

3. A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO FATOR DE CAUTELA

Outro aspecto relevante que recomenda prudência na aplicação imediata de precedentes é a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão.

A modulação consiste na técnica mediante a qual o Tribunal Superior define a partir de quando e em que condições a tese jurídica produzirá efeitos, de modo a restringir muitas vezes sua aplicação temporal ou subjetiva.

Tal técnica tem sido frequentemente utilizada tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, sobretudo em matérias que envolvem temas jurídicos sensíveis, ou grande número de processos, sempre com intuito de enfrentar questões que causam impacto significativo no sistema de justiça.

Na hipótese de a tese ser aplicada antes da definição da modulação, podem ocorrer situações-problema, tais como:

- decisões judiciais incompatíveis com a modulação fixada posteriormente;
- tratamento não equânime entre jurisdicionados; e
- necessidade de revisão dos julgamentos proferidos.

Assim, aguardar que os efeitos da coisa julgada se operem quanto aos julgados representativos de controvérsia permite que o Tribunal Superior defina

com exatidão não apenas o conteúdo da tese, mas também os seus efeitos jurídicos, de modo a garantir maior estabilidade na aplicação do precedente.

4. EFICIÊNCIA PROCESSUAL E PREVENÇÃO DE RETRABALHO JURISDICIONAL

A incidência imediata e prematura da norma contida em julgado proferido em processo representativo de controvérsia, ainda não definitivamente estabilizado, pode ensejar consequências práticas indesejáveis para o sistema judicial.

Dentre tais consequências pode-se destacar o retrabalho jurisdicional. Se a tese for posteriormente alterada, esclarecida ou modulada, decisões anteriormente proferidas pelas instâncias ordinárias podem se tornar incompatíveis com o entendimento posterior definitivo do Tribunal Superior, o que demandará revisão por meio de novos recursos ou incidentes processuais.

Cumpre inclusive referir que nem sempre o manejo de tais recursos ou incidentes é viável, o que enseja prejuízo irreparável ao direito das partes à incidência da norma contida no precedente ulteriormente firmado em definitivo.

Tal cenário compromete a própria finalidade do sistema de precedentes qualificados, que é justamente a de aumentar eficiência e racionalidade da prestação jurisdicional.

Ao se aguardar a consolidação definitiva do precedente, reduz-se a probabilidade de revisões posteriores e contribui-se principalmente para a formação de decisões mais estáveis e duradouras.

5. ISONOMIA E TRATAMENTO UNIFORME DOS JURISDICIONADOS

A incidência imediata das normas contidas em teses firmadas por ocasião do julgamento de precedentes ainda não estabilizados pode ensejar tratamento desigual entre partes que estejam em situações idênticas.

Imagine-se que determinados processos sejam julgados logo após o anúncio da tese jurídica, ao passo que outros aguardam o julgamento de eventuais embargos de declaração que venham a alterar ou esclarecer em definitivo o entendimento anteriormente firmado. Nessa hipótese, processos com conteúdo semelhante podem receber soluções distintas, o que afronta o princípio da isonomia.

A espera pelo trânsito em julgado contribui para que todos os jurisdicionados estejam sujeitos ao mesmo entendimento jurisprudencial consolidado, o que fortalece as ideias de previsibilidade e igualdade na aplicação do direito.

6. MECANISMO DE SOBRESTAMENTO DE PROCESSOS

O próprio sistema processual prevê instrumentos destinados a lidar com situações nas quais a tese jurídica ainda está em fase de consolidação.

Entre esses mecanismos destaca-se o sobrestamento de processos, descrito nas normas contidas nos arts. 1.037 e seguintes do CPC. Por meio da providência prevista em tais dispositivos legais, os processos que tratam da matéria submetida ao rito dos repetitivos podem ser suspensos até a solução definitiva da controvérsia.

O sobrestamento não representa atraso injustificado, mas sim providência destinada a garantir segurança jurídica, assim como gestão racional do acervo judicial. Evitam-se decisões contraditórias e se garante que o julgamento ocorra à luz da orientação consolidada de modo definitivo no âmbito dos Tribunais Superiores.

Assim, aguardar o trânsito em julgado do precedente qualificado deve ser considerada prática que está em plena consonância com a lógica e a racionalidade do sistema jurídico-processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fortalecimento do sistema de precedentes representa uma das mais importantes transformações decorrentes do advento do CPC/2015. A observância do conteúdo das decisões dos Tribunais Superiores contribui para a

consolidação de objetivos fundamentais da jurisdição: uniformização da jurisprudência, previsibilidade das decisões judiciais e eficiência do sistema de justiça.

Contudo, a correta aplicação desse modelo exige atenção ao momento adequado de incidência dos precedentes qualificados. Embora as teses firmadas em recursos repetitivos possuam caráter vinculante, a experiência jurisprudencial demonstra que sua formulação definitiva muitas vezes apenas se consolida com o trânsito em julgado do acórdão paradigma.

Nesse contexto, aguardar que se torne definitivo o julgado precedente qualificado revela-se medida de prudência, especialmente em razão de possíveis ajustes na redação da tese e eventual posterior modulação de efeitos, de modo a evitar retrabalho jurisdicional e preservar valores fundamentais, notadamente segurança jurídica e isonomia.

Mais do que postura de cautela, tal prática contribui para a aplicação mais consistente e estável dos precedentes, de modo a fortalecer o próprio sistema de justiça que o CPC/2015 buscou consolidar.

Aguardar o trânsito em julgado dos precedentes qualificados não consiste em prática que enfraquece o modelo de precedentes. Ao contrário, reforça sua legitimidade e eficácia, para assegurar que a uniformização da jurisprudência ocorra de forma segura, coerente e duradoura.

**O INDESEJADO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO: UM ESTUDO
CRÍTICO DAS ALTERNATIVAS PARA A SUA SUPERAÇÃO**

***THE UNDESIRABLE ADMINISTRATIVE SILENCE: A CRITICAL
STUDY OF THE ALTERNATIVES FOR ITS OVERCOMING***

Manoel de Oliveira Erhardt

Especialista em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco.

Professor da Faculdade de Direito do Recife.

Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas.

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Livia Oliveira Lemos

Mestre em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro.

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro.

Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará.

Assessora no Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

INTRODUÇÃO

É motivo de muita honra participar da Edição Especial da Revista da Seção Judiciária de Pernambuco, destinada a homenagear o eminente Juiz Federal e Professor Ubiratan do Couto Maurício, magistrado culto e dedicado, com relevantes serviços prestados ao Poder Judiciário e aos jurisdicionados. Destaca-se, também, que Dr. Ubiratan é um dos grandes processualistas bra-

sileiros cujas lições tem sido fundamentais para formação de gerações de juristas e profissionais do Direito.

Feitas tais considerações iniciais, consigna-se que a presente pesquisa tem o escopo de, sem nenhuma pretensão de esgotar a matéria, investigar os efeitos do silêncio administrativo, bem como as propostas para superá-lo, alcançando, por fim, uma análise crítica das principais previsões existentes no Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, que guardam relação com o silêncio administrativo. É que a Administração Pública não pode se furtar do dever que lhe foi imputado pela Constituição Federal – com o direito de petição, bem como pela Lei nº 9.784, de 1999, que estabelece que a Administração Pública deve apresentar uma resposta aos pleitos dos administrados.

Diante desses fundamentos, não existem dúvidas quanto à existência do dever jurídico da Administração Pública de apresentar respostas aos pedidos formulados pelos particulares, tanto em razão da previsão constitucional, quanto em virtude da previsão infraconstitucional. Importa destacar que, na Lei nº 9.784, de 1999, estipulou-se, inclusive, o prazo geral de 30 (trinta) dias para que o processo administrativo fosse finalizado, após ultimada a fase de instrução. Tal previsão demonstra, de forma conclusiva, a existência do dever da Administração Pública de fornecer respostas expressas aos requerimentos, em prazo razoável.

Mais recentemente, o Poder Legislativo brasileiro, alinhando-se a experiências estrangeiras, vem discutindo o Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, que prevê uma reforma na Lei nº 9.784, de 1999, a qual, por sua vez, dispõe sobre o Processo Administrativo Federal. O aludido Projeto de Lei possui caráter inovador no ordenamento jurídico, porquanto se dedica expressamente ao silêncio administrativo, estabelecendo previsões objetivas para o tratamento da questão. Ademais, a relevância do tema reside na importância do tratamento do silêncio para a resolução de casos concretos que rotineiramente se apresentam nos âmbitos administrativo e judicial.

Para enfrentar as questões propostas, o trabalho será estruturado em quatro tópicos, além desta introdução e da conclusão. O segundo capítulo abordará o dever jurídico da Administração Pública de apresentar resposta. O terceiro capítulo estudará a natureza jurídica do silêncio administrativo. O quarto

capítulo explicitará os possíveis efeitos jurídicos do silêncio enquanto fato administrativo frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, o quinto capítulo realizará um estudo do Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, naquilo que importa ao silêncio administrativo.

1. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER JURÍDICO DE RESPOSTA

A Constituição Federal de 1988 prevê e assegura, dentre o rol dos direitos fundamentais, o direito de petição (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’), de maneira a permitir que os particulares reivindiquem ações do Poder Público, sendo possível apresentar solicitações envolvendo situações que tenham aptidão para violar seus direitos. Nesse sentido, o denominado direito de petição deve ser compreendido como o direito conferido a uma pessoa para invocar a atenção do Poder Público sobre uma questão.

É importante esclarecer que o direito de petição envolve muito mais que a formulação, por parte dos cidadãos, de pretensões ao Poder Judiciário. Na verdade, o aludido direito permite que sejam submetidas questões variadas perante todas as facetas do Poder Público, o que abrange, naturalmente, a função administrativa. Uma vez concedido o direito fundamental de intentar pedidos, configura-se desdobramento lógico o direito de se ter uma resposta, traduzindo-se como uma obrigação do Poder Público de responder.

É que restaria destituído de efeitos práticos a mera existência do direito de petição, por si somente considerado, esgotando-se na faculdade de o cidadão se dirigir ao Poder Público por meio de petição, visando à resolução de uma questão ou de uma situação. Nesse contexto, revela-se imprescindível a existência de um direito contraprestacional, notadamente o direito ao recebimento de informações do Poder Público, o que engloba o direito de resposta da Administração Pública em tempo razoável.¹

1 ADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 20, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/639-956.pdf>. Acesso em: 01 abril 2026.

Conforme elucidado por José Afonso da Silva, não pode o direito de petição ser acéfalo, resultando em sua falta de eficácia. Por isso mesmo, não cabe à autoridade a quem é dirigido simplesmente deixar de se pronunciar – com a devida motivação – acerca da petição que lhe fora apresentada, seja para acolhê-la, seja para desacolhê-la. Inclusive, algumas constituições estrangeiras contemplam expressamente o dever de emitir uma resposta, tais como a colombiana, a venezuelana e a equatoriana.²

No entanto, a despeito desse arcabouço lógico, existem situações em que se tem a ausência de resposta por parte da Administração Pública, mesmo diante de provocação explícita do particular. Desse modo, considerando, principalmente, o direito de petição, a ausência de resposta da Administração Pública ao requerimento do particular revela-se incompatível com a Constituição Federal. Vale dizer, cabe à Administração Pública, em prazo razoável, manifestar-se sobre todos os requerimentos que lhe forem apresentados.

Nessa perspectiva, ao expor a aludida ressalva, a presente pesquisa está ratificando a existência indevida do denominado “silêncio administrativo”. Nessa hipótese, tem-se que a Administração Pública, mesmo diante de uma pretensão formulada por um interessado-particular, mantém-se inerte, configurando uma omissão qualificada por ausência de declaração da Administração Pública e, por via de consequência, de resposta ao cidadão.

Acerca do tema em discussão, importa mencionar que a presente pesquisa se restringe a uma definição mais reduzida da inação administrativa. Nesse caso, a inatividade administrativa limita-se apenas a uma omissão formal por parte da Administração Pública em face de uma petição de um ou mais cidadãos. Segundo Fernando E. Juan Lima, a este tipo de alcance, geralmente, adota-se a nomenclatura “silêncio administrativo”.³

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, está-se perante o “silêncio administrativo” na hipótese em que a Administração Pública não apresenta

2 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 446.

3 JUAN LIMA, Fernando E. El silencio Administrativo: Problemas Actuales. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/07>. Acesso em: 01 abril 2026.

qualquer tipo de pronunciamento mesmo tendo o dever de fazê-lo. Vale dizer, vigora o silêncio ainda que a Administração Pública tenha sido provocada por um cidadão que postula direito próprio ou, ainda, quando devia haver o pronunciamento para fins de controle de ato praticado por outro órgão.⁴ Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho, ao formular o conceito de silêncio administrativo, o define como “omissão da Administração quando lhe incumbe manifestação de caráter comissivo”.⁵

Ressalta-se que, como é sabido, tem-se que, nas relações entre particulares, é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíba. Por outro lado, nas relações que envolvem a Administração Pública, somente é permitido fazer o que a lei autoriza, de modo que há uma obrigação de seguir estritamente os termos da lei (princípio da legalidade). Assim sendo, a valoração do silêncio administrativo deve ser pautada, naturalmente, pelo princípio da legalidade. Desse modo, os desdobramentos do silêncio administrativo devem ser estudados segundo os preceitos do Direito Público, que não se confundem com as regras de Direito Privado.⁶

Nesse contexto, seguindo a lógica do princípio da legalidade – o qual rege as relações de natureza pública –, é incontroverso que existe, no ordenamento jurídico brasileiro, o dever da Administração Pública de apreciar as demandas dos particulares. Para além da previsão constitucional, é importante mencionar que tal dever (e respectivo direito) também é assegurado na esfera infraconstitucional, por meio da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. A legislação indica que o processo administrativo pode iniciar a pedido do interessado, com a formulação de requerimento (artigo 5º e seguintes). Tal previsão ratifica a possibilidade de os cidadãos submeterem suas demandas à apreciação da Administração Pública.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 395.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 94.

6 Sobre as normas de Direito Privado, destaque-se que o Código Civil traz disposições expressas acerca do silêncio nas relações entre particulares, por exemplo, os artigos 111 e 147.

Além disso, a Lei nº 9.784, de 1999, estipula, de forma explícita, que a Administração Pública tem o dever de expor suas decisões a respeito das solicitações apresentadas pelos particulares. Por oportuno, reproduz-se, *ipsis litteris*, a previsão contida no artigo 48 da norma: “a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”. A legislação, entretanto, não se limita a realizar essa indicação, mas também estabelece, em seu artigo 49, um prazo geral para que se tenha a definição das questões em discussão, qual seja, até 30 (trinta) dias para a apresentação da decisão, após a conclusão da instrução.

Desse modo, não restam dúvidas quanto à efetiva existência de dever jurídico da Administração Pública de apresentar decisão para os pleitos dos particulares, tanto em razão de previsão constitucional, quanto de previsão infraconstitucional. Importa salientar que, no âmbito infraconstitucional, foi estipulado, inclusive, um prazo geral para que o processo administrativo, concluída a instrução, fosse, igualmente, finalizado. Tal hipótese evidencia a existência do direito de se ter uma resposta administrativa, a qual também deve ser apresentada em um prazo razoável.

Feitas tais considerações acerca do silêncio administrativo e do dever jurídico da Administração Pública de apresentar uma resposta em prazo razoável, entremostra-se relevante discorrer acerca da natureza jurídica do mencionado silêncio, com o intuito de contribuir para os estudos do aludido instituto jurídico, bem como de explicitar, com maior profundidade, as considerações doutrinárias majoritárias que envolvem o tema em discussão.

2. A NATUREZA JURÍDICA DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Na dicção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato administrativo se configura como uma declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes. A autora, ao dispor sobre o ato administrativo, explica que é mais adequado falar em “declaração” do que em “manifestação”. É que a “declaração” envolve uma exteriorização do pensamento, enquanto que a “manifestação” pode não ser exteriorizada. No caso do silêncio administrativo, este representa uma mani-

festação de vontade, com produção de efeito jurídico, mas sem corresponder propriamente a um ato administrativo.⁷

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o silêncio administrativo corresponde a uma conduta omissiva da Administração Pública. Esta postura, na hipótese de ofender direito individual ou coletivo dos administrados ou dos servidores, submete-se à correção judicial, com a finalidade de reparar os prejuízos ocasionados pela inércia. Diante dessa perspectiva, o estudioso defende que o silêncio administrativo não representa ato administrativo.⁸

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o silêncio administrativo não se configura como ato administrativo, visto que sequer se traduz como ato jurídico. No caso, a Administração Pública se absteve de realizar uma declaração jurídica, porquanto não declarou nada, silenciou, de maneira que, justamente por isso, não praticou nenhum ato administrativo. Para o autor, essa modalidade de omissão seria, na verdade, um fato jurídico administrativo. Não importa que a lei tenha atribuído efeito ao silêncio, razão pela qual rejeita a posição daqueles que consideram ter havido ato tácito.⁹

Por outro lado, também é válido registrar entendimento diverso, capitaneado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. O autor defende que o silêncio administrativo configura ato tácito, reconhecendo certo efeito jurídico ao aludido silêncio. O administrativista qualifica silêncio como forma de manifestação tácita de vontade, pois a autoridade pública tem ciência do alcance que trará o seu comportamento – ou seja, a sua inação.¹⁰

Considerando as aludidas manifestações doutrinárias que envolvem a natureza jurídica do silêncio administrativo, passa-se a discorrer acerca das consequências desse silêncio no Direito Brasileiro, tendo em vista que se faz necessário discutir os impactos de tal conduta sobre os casos que são levados

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 205.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 106.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. Cit.*, p. 396.

10 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 448-449.

ao conhecimento tanto da Administração Pública, quanto do Poder Judiciário, como forma de coibir essa indevida omissão qualificada.

3. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Uma vez constatado o silêncio administrativo, é possível se deparar com duas possibilidades: ou há lei regulando a omissão e prevendo uma consequência específica ou não há previsão legal. No entanto, é importante ressaltar que somente será atribuído efeito ao silêncio da Administração Pública quando a lei expressamente o fizer, tendo em vista que, assim como toda a atuação administrativa, a valoração do silêncio deve ser guiada, necessariamente, pelo princípio da legalidade.

Nesse panorama, apenas se pode admitir a atribuição de efeito positivo ou negativo ao silêncio se houver previsão legal e específica nesse sentido, de modo que, nesse caso, o acolhimento ou a rejeição da pretensão do cidadão dependerá do conteúdo do preceito normativo. No pertinente, fala-se em silêncio positivo quando, transcorrendo prazo razoável para a Administração Pública manifestar-se, o silêncio produz efeito favorável ao administrado, com a aceitação de seu pleito. Por outro lado, o silêncio negativo significa justamente o contrário: a negativa da solicitação formulada pelo cidadão.¹¹

Com efeito, em sendo previsto o acolhimento da pretensão do particular diante do silêncio da Administração Pública, observa-se que o interesse do administrado foi atendido. No entanto, é preciso ponderar que o silêncio positivo pode apresentar alguns inconvenientes no longo prazo. Por exem-

11 Em artigo sobre Silêncio Administrativo, Thiago Marrara exemplifica os diversos posicionamentos que foram firmados no âmbito do direito estrangeiro, *ex vi*: “no direito francês, a Lei de 17 de julho de 1900 considerou o silêncio da administração como simples recusa e indeferimento nos casos de recursos para o Conselho de Estado. Na Itália, a lei de 3 de março de 1934 prescreveu de maneira explícita que o silêncio persistente e contínuo da administração quanto à pronúncia a respeito de um recurso hierárquico era tido como confirmação do ato administrativo e denegação do recurso” (MARRARA, Thiago. Administração que cala consente? Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 227-264, maio/ago. 2021, p. 241. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/84496/80110/185030&ved=2ahUKEwic-Nrnp2TAxX6pJUCHZaCNCUQFnoECC4QAAQ&usg=AOv-Vaw3UPD8iuzeE9XYdjK6yxV3F>. Acesso em: 01 abril 2026).

plo, o risco de perda da qualidade decisória, a partir da ampliação do uso de decisões editadas previamente. Além disso, a fixação, pelos órgãos públicos, de prazos decisórios muito extensos, justamente com a finalidade de evitar o silêncio positivo, o que acaba por caminhar em sentido oposto ao desígnio de agilidade que, supostamente, ampara o silêncio.¹²

Ademais, ressalva-se, também, que deve ser garantida a isonomia entre os particulares, no sentido de se assegurar que os pedidos destituídos de fundamento sejam apreciados a contento pela Administração Pública, com a finalidade de evitar que eles sejam “tacitamente” aceitos e passem, de forma equivocada, a produzir efeitos no mundo dos fatos, ocasionando, de conseguinte, insegurança jurídica às relações entre os administrados.

Feitas tais considerações acerca do silêncio administrativo positivo, há de se considerar, também, a existência do silêncio administrativo negativo, cuja omissão, em sentido oposto ao até então estudado, resulta em negativa ao pleito do particular. Diante dessa modalidade de omissão, concede-se ao administrado a possibilidade de ingressar em Juízo com o intuito de obter a modificação da conclusão a que chegou a Administração Pública, com a consequente satisfação de seu interesse. No entanto, o pedido a ser veiculado no processo distingue-se conforme se trate de ato discricionário ou vinculado.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o administrado terá a possibilidade de demandar, na via judicial, que a Administração Pública se pronuncie. Se o ato administrativo era de conteúdo discricionário, o particular faz jus a obter uma decisão devidamente motivada. Se, ao contrário, o ato era de conteúdo vinculado, o particular poderá demonstrar que a ele faz jus, com o suprimento da omissão administrativa que acarretou efeitos desvantajosos.¹³

Dessa maneira, em relação à monitoração exercida pelo Poder Judiciário, verifica-se que, nas hipóteses em que a legislação atribui valor ao silêncio administrativo (seja com o deferimento do pedido do administrado, seja com o indeferimento do pleito), estas receberão tratamento semelhante ao controle dos atos administrativos em geral. Ou seja, o magistrado confere ao silêncio

12 MARRARA, Thiago. *Op. Cit.*

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 398.

um tratamento semelhante ao que garantiria ao ato administrativo explícito, favorável ou desfavorável à pretensão do particular.

Por oportuno e sem pretensão de exaurir o ordenamento jurídico brasileiro, a presente pesquisa passa a mencionar alguns exemplos de instrumentos normativos pátrios nos quais foi prevista a atribuição de valor positivo ao silêncio administrativo e, por via de consequência, a manifestação favorável à pretensão do particular, estabelecendo-se o caso do retromencionado silêncio administrativo positivo.

Cita-se, primeiramente, o Decreto nº 61.244, de 28 de agosto de 1967, que regulamenta a Zona Franca de Manaus – ZFM. O artigo 11 do aludido Decreto estabelece que todas as mercadorias industrializadas na ZFM, quer se destinem ao seu consumo interno, quer se destinem a comercialização em qualquer ponto do território nacional, estão isentas do imposto sobre produtos industrializados. Nesse contexto, o parágrafo 1º do dispositivo prevê que os projetos para produção, beneficiamento ou industrialização de mercadorias que pretendam gozar do benefício serão submetidos à aprovação da Superintendência da ZFM, ouvido o Ministério da Fazenda quanto aos aspectos fiscais, implicando aprovação tácita a falta de manifestação deste Ministério no prazo de 30 (trinta) dias, contados do pedido de audiência.

Outro mandamento legal é a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. O seu artigo 9º preleciona que o registro dos atos constitutivos, de suas alterações e de suas extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas, ocorrerá independentemente da regularidade das obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

Nesse contexto, os parágrafos 6º e 7º, lidos conjuntamente, preveem outra hipótese de silêncio administrativo positivo, tendo em vista que fixam o prazo de 60 (sessenta) dias para que os órgãos competentes efetivem a baixa nos seus respectivos bancos cadastrais. Ultrapassado o mencionado prazo sem

que haja a manifestação do órgão responsável, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Também, faz-se menção à Lei nº 10.522, de 19 de julho 2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados e órgãos e entidades federais. O artigo 12 da Lei, ao tratar sobre o parcelamento, prevê que a exatidão dos valores parcelados podem ser objeto de verificação. Por sua vez, o parágrafo 1º, inciso II, assenta que o parcelamento será automaticamente deferido quando ultrapassado o prazo de 90 (noventa) dias, contado da data do pedido de parcelamento sem que a Fazenda Nacional tenha emitido pronunciamento.

Dentre os diplomas legislativos mais recentes, merece destaque a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O seu artigo 3º, inciso IX, prevê como sendo um “direito de liberdade econômica”, atribuído a toda pessoa natural ou jurídica, a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto na Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

A partir de tal previsão legal, observa-se a preocupação do legislador em assegurar a liberdade para o exercício de atividades econômicas (livre iniciativa), até porque esta se traduz como um dos fundamentos da ordem constitucional econômica (artigo 170 da Constituição Federal de 1988), revelando-se imprescindível para o desenvolvimento do País. Nesse contexto, a lógica é evitar que uma atividade econômica – que irradie efeitos positivos para toda a sociedade – possa ficar limitada a uma autorização formal, sem prazo fixado. Nesses casos, é cabível a substituição do ato público formal de liberação pela manifestação de vontade presumida.¹⁴

14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Aprovação Tácita de Atos Públicos de Liberação de Atividades Econômicas (Efeitos Positivos do Silêncio Administrativo) no Direito Positivo Brasileiro. *Rev. Direito Adm*, Rio de Janeiro, v. 283, n. 3, p. 117-141, set./dez. 2024, p. 124. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/91907/86740>. Acesso em: 01 abril 2026.

Por outra via, a título de exemplo de silêncio administrativo negativo, vale referenciar a Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, denominada de “Lei do Habeas Data”. É que, como regra, o Habeas Data somente é admitido se restar comprovada a recusa do acesso às informações, a recusa de retificação das informações ou a recusa de anotação das explicações adicionais. Tanto é assim que a petição inicial, para ser recebida, deve estar instruída com tais provas.

A legislação, entretanto, ressalva a possibilidade de impetração do Habeas Data mesmo que não se tenha a negativa formal por parte da Administração Pública. O artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.507, de 1997, evidencia que será legítima a impetração ainda que não ocorra a recusa expressa pela Administração, desde que ultrapassado período de tempo determinado pela própria lei (dez dias ou quinze dias, a depender do caso). Desse modo, o transcurso do tempo sem resposta, nesse caso, significará a denegação do pedido formulado pelo particular, autorizando a impetração do remédio constitucional.

Para além das hipóteses até então mencionadas (notadamente silêncio administrativo positivo e negativo), existe, ainda, uma terceira possibilidade: os casos em que a legislação nada dispõe a respeito dos efeitos a serem conferidos. Na verdade, tal hipótese, embora esteja sendo tratada como uma terceira possibilidade, diz respeito à maioria dos casos, visto que o legislador não consegue prever todas as situações que ocorrem no cotidiano.

Nessa situação, a solução que usualmente se propõe é que o administrado recorra ao Poder Judiciário para que este repare a omissão qualificada estatal, de modo a garantir segurança jurídica ao particular. Caso o ato omitido seja um ato vinculado, o particular poderá pleitear ao juiz que realize o suprimento da omissão. Por outra via, caso o ato seja discricionário, poderá pugnar que o juiz fixe prazo para que a Administração Pública se manifeste motivadamente.

Inclusive, sobre o tema, em consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que, no âmbito do Direito Ambiental, o Tribunal Superior não tem admitido a atribuição de efeitos ao silêncio administrativo. Na realidade, tem-se posicionado pela impossibilidade de licença ou de autorização tácita, decorrente da omissão qualificada da Administração Pública em deferir ou não o pedido do empreendedor.

A Corte Superior entende que o silêncio administrativo gera a presunção absoluta (*iuris et de iure*) de não licenciamento ambiental. Explicita que o vácuo administrativo não equivale ao deferimento do pleito, tendo em vista que nada cria, nada consente e nada valida. Nessas situações, a inação da Administração Pública deve ser corrigida com os instrumentos legalmente previstos, admitindo-se, até mesmo, a subsunção dos fatos às hipóteses de improbidade administrativa.¹⁵

Em face do exposto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda se mantém em estágio inicial em relação ao silêncio administrativo, visto que, na maioria das vezes, faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário a fim de assegurar o direito de resposta motivada. É diante desse cenário que surgiu o Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, que prevê uma reforma na Lei nº 9.784, de 1999, que dispõe sobre o Processo Administrativo Federal, e que abrange o tema ora em discussão.

3.1. AS SOLUÇÕES PARA O SILÊNCIO ADMINISTRATIVO

Conforme exposto, a legislação brasileira entremostra-se insuficiente no que diz respeito à normatização do silêncio administrativo. Muitas vezes, a ausência de regulamentação efetiva sobre o silêncio acaba por corroborar a inércia dos agentes públicos e, de conseguinte, a ausência de resposta motivada. Entretanto, embora, em termos normativos, os recursos ainda sejam escassos para o combate do silêncio administrativo, é importante explicitar a existência de outras medidas que auxiliam na sua superação e que são asseguradas pela própria lógica do ordenamento jurídico.

3.1.1. A garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário.

Segundo lição de José dos Santos Carvalho Filho, caso não se consiga obter, na via administrativa, manifestação comissiva da Administração Pública,

¹⁵ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.728.334/RJ**, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/10/2012.

não restará outra alternativa ao interessado-particular senão recorrer ao Poder Judiciário. Diversamente do que ocorre na hipótese em que a legislação explicita que a omissão se traduz como indeferimento do pedido (hipótese em que o particular pretenderá a desconstituição da relação jurídica), o particular formulará pedido de natureza mandamental (ou, para alguns, de natureza condenatória de cumprimento de obrigação de fazer). Caso o pleito seja acolhido em sentença, será expedida ordem judicial à autoridade administrativa para que esta cumpra seu poder-dever de agir e apresente, expressamente, uma manifestação volitiva, mercê de desobedecer a ordem judicial.¹⁶

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, se o ato omitido for ato vinculado, o particular poderá requerer, diretamente, que o magistrado supra a inação da Administração Pública. Nesse panorama, o particular poderá demandar judicialmente que o juiz supra a omissão administrativa e determine, desde logo, a concessão do que fora postulado, desde que o administrado tenha direito ao que solicitou. Isso ocorreria apenas nas hipóteses em que a Administração estivesse vinculada quanto ao conteúdo do ato, de modo que seria obrigatório o deferimento do pleito.¹⁷

Por outro lado, em se tratando de ato discricionário, confere-se ao particular a possibilidade de requerer que o magistrado assinale um prazo específico para que a Administração Pública se manifeste de forma expressa, sob pena de cominação de multa diária em seu desfavor. Nesses casos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o administrado faz jus a um pronunciamento administrativo devidamente motivado, mas tão somente a isso.¹⁸

No entanto, importa ressaltar que José dos Santos Carvalho Filho apresenta uma visão distinta no que diz respeito à solução que é conferida ao silêncio administrativo em ato vinculado. O autor efetivamente reconhece a existência de juristas que sustentam que, se a Administração Pública se encontrava vinculada ao conteúdo do ato que não foi praticado e tendo o particular o direito ao que postulava, o Julgador poderia suprir a ausência de manifestação. Em

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 95.

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. Cit.*, p. 398.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Idem Ibidem*.

que pese reconhecendo tal entendimento, o administrativista dissente dessa posição. Ao seu sentir, o Órgão Jurisdicional não pode substituir a vontade da Administração. Na verdade, apenas é possível obrigar a Administração a emitir a sua vontade, se a lei impuser, arcando o Administrador com as consequências decorrentes de eventual descumprimento.¹⁹

Para além de tais considerações, destaque-se, ainda, a possibilidade de fixação de astreintes em face do Poder Público como forma de compeli-lo a tomar uma decisão. Inclusive, é pacífico, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento no sentido de que é possível a imposição da multa cominatória prevista no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, à Fazenda Pública. Nessa perspectiva, a Primeira Seção da Corte Superior, ao julgar o Recurso Especial nº 1.474.665/RS, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob o rito dos Recursos Repetitivos, entendeu pelo cabimento de multa em condenações de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública.²⁰

Salienta-se, porém, que o arbitramento de astreintes em desfavor do Poder Público deve levar em consideração outros fatores para além da emissão da decisão por si somente considerada. É que, por certo, a atividade administrativa não poderá ser tão célere quanto a de um particular. Sendo assim, o magistrado não poderá fixar um prazo diminuto para o cumprimento da aludida obrigação. Vale dizer, para que tenham como válidas as astreintes fixadas em face do Poder Público, o prazo estabelecido para o cumprimento da decisão judicial deverá ser razoável.

A despeito de tais considerações, a presente pesquisa, com natureza estritamente acadêmica, pondera as implicações práticas da referida proposição de solução ao silêncio administrativo (notadamente, a provocação do Poder Judiciário amplamente considerada). Afinal, o fato de a pretensão ser submetida ao crivo do Poder Judiciário poderá onerar o particular, tendo em vista que o deixará à mercê do tempo que se despenderá para a formação da decisão definitiva de mérito.

19 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p. 96.

20 A título de exemplo de tal entendimento, cita-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 1.615.114/SP**, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/8/2020.

3.1.2. A responsabilidade civil em face do Estado.

A presente alternativa diz respeito à responsabilização civil estatal, que poderá se concretizar diante da ocorrência de danos decorrentes da ausência de resposta da Administração Pública. Como se sabe, o Brasil adotou a teoria do risco administrativo para assentar a responsabilidade civil objetiva do Estado diante de atos comissivos, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Desse modo, o Estado responde, em regra, pelas condutas comissivas de seus agentes que causem danos a terceiros, independentemente de dolo ou culpa.

No entanto, sobrevém uma discussão, na doutrina, quando se tratam de danos decorrentes de uma conduta estatal de natureza omissiva. Odete Medauar chama atenção ao referido debate ao manifestar que “reina certa nebulosidade” no que diz respeito à responsabilidade civil estatal por omissão, pois existem teóricos que afirmam que, na verdade, se trata de responsabilidade subjetiva, cuja presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa) se revela imprescindível.²¹

Ressalta-se que, a despeito disso, não se desconhece que, atualmente, tem ganhado força o posicionamento que admite a responsabilização civil de caráter objetivo quando o caso envolve uma omissão administrativa específica. Inclusive, sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de ser objetiva a responsabilidade civil proveniente da omissão das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.²²

Feitas tais ponderações acerca das formas de manifestação da responsabilidade civil estatal, esta pesquisa acadêmica compreende que os casos de silêncio administrativo acarretam responsabilidade civil do Estado, de natureza objetiva, seguindo o preceito do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. No pertinente, entende-se que tais casos se configuram como atraso,

21 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 390.

22 A título de exemplo, menciona-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 608880**, Relator Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1043232 AgR**, Relator Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 01/09/2017.

ou mesmo completa ausência, de um dever jurídico de agir, equiparando-se, ao fim e ao cabo, a um ato ilícito.

Assim sendo, prevalece a regra geral da responsabilidade estatal objetiva, no sentido de que deve restar suficientemente demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano sofrido pelo particular, além do fato de que o dano deve ser anormal, específico e individualizado. Nesse contexto, segundo entendimento consolidado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os elementos que compõem a responsabilidade civil objetiva do Estado são alteridade do dano, causalidade material, oficialidade da conduta e inexistência de causas excludentes de responsabilidade.²³

Desse modo, a solução conferida pela responsabilidade civil do Estado, embora se revele uma opção válida a fim de não deixar o particular desassistido diante do silêncio administrativo, também conta com ressalvas, visto que não trabalha na origem do problema. Vale dizer, o foco da responsabilização civil não se situa, em regra, na prevenção de danos que possam ser oriundos do silêncio administrativo. Na realidade, a responsabilização ganha espaço quando o dano já ocorreu, visto que atua, propriamente, na reparação do dano. Ou seja, a lesão acontece para, somente em seguida, fazer-se presente a tutela estatal.

Seguindo essa linha de entendimento, a presente pesquisa compreende que o ideal seria que a medida não fosse tomada somente após a efetivação do dano, como forma de corrigir eventual prejuízo ocasionado ao particular em virtude do silêncio administrativo. Na verdade, o modelo ideal seria se o amparo estatal surgisse antes da efetiva concretização do dano, no sentido de impedir que ele ocorra, trabalhando com um conceito amplo de prevenção.

4. O PROJETO DE LEI Nº 2.481, DE 2022: UMA ANÁLISE.

Até o presente momento, buscou-se explicitar os remédios existentes no Direito brasileiro visando ao combate do silêncio administrativo. No entanto, seja por meio da provocação do Poder Judiciário, seja por meio da responsa-

²³ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 495740 AgR**, Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008.

bilização civil do Estado, é certo que as hipóteses apresentadas contam com embaraços, tais como aspectos relacionados à celeridade para a resolução do problema e a adoção das medidas somente após a concretização do dano.

É justamente por isso que se revela tão importante que seja conferido tratamento legislativo ao silêncio administrativo. Por meio da normatização, assegura-se garantias mais amplas ao administrado, bem como previsibilidade do tratamento a ser conferido diante da omissão qualificada. Vale dizer, com preceitos objetivos sobre o tema, reduzem-se as incertezas acerca do caminho a ser percorrido, além de garantir um tratamento mais isonômico entre os particulares que se encontrem em situações assemelhadas.

Nessa perspectiva, o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal criaram, em fevereiro de 2022, a Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojetos de proposições legislativas que modernizem, dinamizem e unifiquem o Processo Administrativo e Tributário nacional.²⁴ Ato contínuo, a matéria afeta especificamente à reforma do Processo Administrativo brasileiro foi transformada no Projeto de Lei nº 2.481, de 2022.

Por oportuno, Edilson Pereira Nobre Júnior destaca que o procedimento administrativo representa um modelo cuja funcionalidade encontra-se em contínua elaboração. Em razão disso, faz-se necessário um constante e perene aperfeiçoamento do tema em questão.²⁵ É que um processo administrativo de qualidade possui aptidão para proteger os interesses legítimos dos administrados perante a Administração Pública, além de viabilizar uma atuação administrativa objetiva e eficiente, conferindo mais segurança jurídica aos envolvidos.

A proposta de reforma na Lei nº 9.784, de 1999, em trâmite no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, objetiva, em linhas gerais, modernizar o processo administrativo, garantindo maior celeridade e previsibilidade à atuação administrativa. O referido Projeto estabeleceu temas centrais relacionados ao processo administrativo, merecendo destaque –

24 BRASIL. **Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal nº 1, de 23 de fevereiro de 2022.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9087234&-ts=1671478755198&disposition=inline>. Acesso em: 02 abril 2026.

25 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A Lei 9784/99 e o procedimento administrativo: 20 anos de um paradigma. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 8, p. 129-149, jan./mar. 2019.

considerando o escopo da presente pesquisa – a estipulação de que, em regra, o silêncio administrativo produz o efeito translativo e que apenas excepcionalmente gera o efeito positivo ou negativo.

A regra do efeito translativo foi elencada na proposta de inserção do artigo 49-H à Lei 9.784, de 1999, cuja redação de seu caput prevê a transferência de competência decisória no caso de silêncio administrativo sempre que a lei não dispuser de forma contrária. Nesse contexto, com esteio na lógica hierárquica, a omissão qualificada implicará, como regra, a transferência da atribuição para decidir. Quer dizer, a ausência de decisão, ou a recusa em decidir a contento, transferirá a competência para a autoridade superior, que terá o mesmo prazo para decidir, salvo previsão diversa.

Importa ressaltar que a referida solução será adotada sem prejuízo da responsabilidade daquele que deu causa à inação administrativa. Além disso, o parágrafo 1º do artigo 49-H chama a atenção para o fato de que, mesmo que a questão seja submetida ao crivo da autoridade superior, antes de efetivamente ser tomada uma decisão, a autoridade que inicialmente deveria ter decidido poderá, a qualquer tempo, suprir a sua omissão.

Com efeito, a aludida proposta de inclusão de texto normativo pode se revelar vantajosa, visto que cria incentivos em face da inércia, já que prevê a possibilidade de responsabilização daquele que causou a omissão qualificada. Não se pode olvidar que, em algumas situações, ao cogitar a possibilidade de a autoridade superior tomar ciência de sua (falta de) conduta, com a provável responsabilização, o subordinado tende a agir com maior diligência.

Para além disso, o Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, também apresentou hipóteses nas quais são atribuídos efeitos ao silêncio administrativo. Em relação ao silêncio positivo, o parágrafo 4º do pretenso artigo 49-H confere à Administração Pública a faculdade de atribuir, em ato normativo ou contrato, efeitos de aceitação tácita nos casos de omissão ou recusa de decidir, sempre que a lei não dispuser de forma diversa. Nessa hipótese, prestigia-se a autonomia regulatória da Administração Pública, especialmente diante de negócios de longo prazo que pressuponham constante interação entre os envolvidos.

No que diz respeito ao silêncio negativo, o parágrafo 5º do artigo 49-H, proposto na redação original do Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, elenca hi-

póteses em que o silêncio administrativo resulta em indeferimento do pedido, são elas: a) a transferência de poderes relativos ao domínio ou serviço público para o requerente ou a terceiros; b) que envolvam o exercício de atividades lesivas ao meio ambiente, conforme estabelecido pelo respectivo órgão ambiental competente; e c) responsabilidade patrimonial e compromisso financeiro das Administrações Públicas.

Ademais, o parágrafo 6º do artigo 49-H prevê a possibilidade de recurso administrativo em face do indeferimento tácito decorrente do silêncio administrativo, constituindo atribuição da autoridade competente decidir expressamente dentro do prazo legal. Por via de consequência, o parágrafo 7º do mesmo dispositivo estabelece que a ausência de decisão no prazo legalmente previsto viola o direito líquido e certo dos administrados.

Ainda, o Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, em seu artigo 49-I, de forma inovadora, preceitua que o silêncio reiterado origina o direito a qualquer interessado de provocar a autoridade superior, para que ela, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, apresente Plano de Ação para viabilizar que os pedidos sejam decididos a contento, revertendo esse estado ilegítimo de coisas. O intuito seria tentar solucionar o problema de forma coletiva, com avaliação dos impactos gerais e homogeneidade nas soluções a serem conferidas pela Administração Pública.

Ante o exposto, as previsões ventiladas no Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, possuem aptidão para incitar melhores práticas no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo, promovendo simplificação procedimental, desjudicialização, transparência, uniformidade normativa, fortalecimento da tecnicidade decisória, solução consensual, proteção da confiança e segurança jurídica. Cuida-se, portanto, de reforma que, caso aprovada, representará uma significativa evolução normativa do Direito Público.²⁶

Dessa maneira, o que se percebe, de fato, é a tentativa, por parte do legislador nacional, de afastar, ou pelo menos reduzir consideravelmente, a omis-

26 ARAÚJO, Valter Shuenquener de; OLIVEIRA, Rafael Arruda. O (necessário) aprimoramento normativo do processo administrativo brasileiro: a reforma proposta pelo PL nº 2.481/2022. *Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro*, v. 283, n. 3, p. 245-267, set./dez. 2024. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/89216/86744/211371&ved=2ahUKewjm0OH-Q9c6TAxX7lZUCHTPPD1sQFnoECClQAQ&usq=AOvVaw3zBJDqQzw5riAXVVjb8t90>. Acesso em: 02 abril 2026.

são qualificada por parte dos servidores públicos encarregados de responder aos requerimentos formulados pelos administrados. A finalidade é a de não deixar os cidadãos sem resposta, de modo a permitir que eles possam usufruir amplamente de seus direitos, o que inclui o conhecimento acerca do posicionamento da Administração Pública acerca de seus pedidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou a necessidade de a Administração Pública apreciar, de forma expressa, os requerimentos formulados pelos particulares, como instrumento concretizador da segurança jurídica. Com efeito, a expectativa é que o Poder Público externalize suas decisões, de forma motivada, clara e fundamentada. No entanto, a despeito de tal dever jurídico, verificou-se que, em algumas situações, ocorre uma conduta administrativa indesejada, por meio da ausência de resposta, com a configuração do silêncio administrativo.

Nesse contexto, evidenciou-se que o silêncio administrativo se traduz como afronta ao dever jurídico que foi imputado à Administração Pública pela Constituição Federal e pela Lei nº 9.784, de 1999, que dispõe sobre o Processo Administrativo Federal. Com efeito, considerando a lógica intrínseca do ordenamento jurídico brasileiro, os requerimentos formulados pelos administrados carecem de respostas e delas deverão ser munidos.

Em relação aos efeitos jurídicos do silêncio administrativo no Brasil, demonstrou-se a atual insuficiência de normas sobre a matéria. Verificou-se que a atribuição de efeitos ao silêncio ocorre de forma pontual na legislação nacional, de modo que a maioria dos casos diz respeito à completa inexistência de tratamento objetivo acerca da questão. Diante disso, foram apresentadas soluções a fim de propiciar uma resposta aos cidadãos, notadamente o acesso ao Poder Judiciário (com a fixação, inclusive, de astreintes), bem como a responsabilização civil do Estado.

Por derradeiro, diante da necessidade de novas soluções para o combate do silêncio administrativo, abordou-se a proposta de atualização da Lei nº

9.784, de 1999, nos termos das proposições trazidas pelo Projeto de Lei nº 2.481, de 2022, em tramitação no Congresso Nacional. Concluiu-se que, por meio de um processo administrativo eficiente, que refuta o silêncio administrativo, assegura-se a salvaguarda de garantias fundamentais, com a efetiva resolução de controvérsias administrativas.

REFERÊNCIAS

ADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 20, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/639-956.pdf>. Acesso em: 01 abril 2026.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Aprovação Tácita de Atos Públicos de Liberação de Atividades Econômicas (Efeitos Positivos do Silêncio Administrativo) no Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 283, n. 3, p. 117-141, set./dez. 2024, p. 124. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/91907/86740>. Acesso em: 01 abril 2026.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; OLIVEIRA, Rafael Arruda. O (necessário) aprimoramento normativo do processo administrativo brasileiro: a reforma proposta pelo PL nº 2.481/2022. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 283, n. 3, p. 245-267, set./dez. 2024. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/89216/86744/211371&ved=2ahUKEw-jm0OHQ9c6TAxX7lZUCHTPPD1sQFnoECCIQAQ&usg=AOvVaw3zBJD-qQzw5riAXVjB8t90>. Acesso em: 02 abril 2026.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BRASIL. **Ato Conjunto dos Presidentes do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal nº 1, de 23 de fevereiro de 2022.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9087234&ts=1671478755198&disposition=inline>. Acesso em: 02 abril 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 495740 AgR**, Relator Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1043232 AgR**, Relator Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 01/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 608880**, Relator Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.728.334/RJ**, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 1.615.114/SP**, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/8/2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

JUAN LIMA, Fernando E. El silencio Administrativo: Problemas Actuales. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/07>. Acesso em: 01 abril 2026.

MARRARA, Thiago. Administração que cala consente? Dever de decidir, silêncio administrativo e aprovação tácita. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 227-264, maio/ago. 2021, p. 241. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&ur->

l=https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/84496/80110/185030&ved=2ahUKEwic-Nrnpc2TAXX6pJUCHZaCNCUQFnoECC4QAQ&usg=AOvVaw3UPD8iuzeE9XYdjK6yxV3F. Acesso em: 01 abril 2026.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. A Lei 9784/99 e o procedimento administrativo: 20 anos de um paradigma. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 8, p. 129-149, jan./mar. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

LAUDO MÉDICO, PARECER NATJUS, AVALIAÇÃO CONITEC E PERÍCIA JUDICIAL NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS: OBJETO E LIMITES

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo¹
Bacharel, Mestre e Doutor em Direito (UFPE)
Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (TRF5)

RESUMO: O artigo delimita os meios de prova necessários nas ações judiciais de fornecimento de medicamentos, a partir dos precedentes vinculantes do STF (Temas 6 e 1.234) e do STJ (Tema 106), sustentando que o laudo médico e o parecer do NatJus são sempre obrigatórios, sendo o primeiro destinado a demonstrar a condição clínica individual do paciente e o segundo condição de validade da própria decisão judicial, enquanto a perícia judicial tem caráter estritamente subsidiário, cabendo apenas para aferir refratariedade ou contraindicação a medicamento já incorporado pelo SUS ou para verificar o cumprimento dos critérios do PCDT na progressão entre linhas terapêuticas, sendo limitada a utilização desses meios de prova para desconstituir decisões da CONITEC.

Palavras-chave: Raciocínio probatório. Meios de prova. Fornecimento de medicamentos. Eficiência processual.

1 Bacharel, Mestre e Doutor em Direito (UFPE). Juiz Federal da Seção Judiciária de Pernambuco (TRF5).

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade delimitar os meios de prova adequados e necessários nas ações judiciais de fornecimento de medicamentos, identificando o cabimento, o objeto e os limites do laudo médico, do parecer do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NatJus), da avaliação da CONITEC e da perícia judicial, a partir das orientações fixadas pelos precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal nos Temas 6 (RE 566.471) e 1.234 (RE 1.366.243) e do Superior Tribunal de Justiça no Tema 106 (REsp 1.657.156), bem como pelo princípio da eficiência processual.

A resposta não é trivial. O laudo médico, o parecer do NatJus, a avaliação da CONITEC e a perícia judicial desempenham funções probatórias distintas e possuem objetos próprios. Confundi-los, determinando perícia quando o parecer do NatJus bastaria, ou dispensando perícia, quando ela é imprescindível, gera, respectivamente, dilação processual indevida ou cerceamento de defesa: dois vícios opostos, igualmente prejudiciais à efetividade do direito à saúde. Por sua vez, confundir laudo médico fundamentado com reconhecimento do direito do autor é substituir a medicina baseada em evidências pelo argumento de autoridade do profissional de saúde, que, embora relevante, não tem efeito probante suficiente. Por fim, invalidar avaliação da CONITEC de custo-efetividade a partir de um laudo médico ou de parecer do NatJus é possível, mas extremamente difícil e exige fundamentação específica, técnica e controlável.

Para desenvolver esse aspecto, o artigo examina, sucessivamente os requisitos genéricos para a concessão judicial de medicamentos e o seu regime jurídico probatório (seção 2); os meios de prova disponíveis e sua tipologia (seção 3); o cabimento, o objeto e os limites do laudo médico (seção 4), do parecer do NatJus (seção 5) e da perícia judicial (seção 6); a interação entre esses meios de prova e os limites do controle jurisdicional da decisão da CONITEC (seções 7 e 8); e, por fim, o princípio da eficiência processual como critério de controle da incorporação, da produção e da valoração da prova (seção 9).

1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS

1.1 Os requisitos cumulativos dos Temas 6 e 1.234 do STF e do Tema 106 do STJ

A definição dos critérios para a concessão judicial de tecnologias em saúde ocorreu de forma gradual nos tribunais superiores, culminando em precedentes de observância obrigatória. Os Temas 6 (RE 566.471) e 1.234 (RE 1.366.243) do Supremo Tribunal Federal, cujos julgamentos foram concluídos em 2024, fixaram a arquitetura normativa central para as ações que envolvem medicamentos não incorporados ao SUS, com força vinculante assegurada pelas Súmulas Vinculantes 60 e 61.

O Tema 6 trata do fornecimento judicial de medicamentos de alto custo não incorporados ao Sistema Único de Saúde - SUS. O STF fixou que o Estado não pode ser obrigado a fornecer todo e qualquer medicamento pleiteado judicialmente, estabelecendo requisitos cumulativos para que a pretensão seja acolhida: 1) comprovação da necessidade do medicamento por laudo médico fundamentado e circunstanciado, expedido por médico que assiste o paciente; 2) existência de registro do fármaco na ANVISA; 3) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do tratamento; 4) ineficácia ou inadequação dos tratamentos oferecidos pelo SUS; e 5) impossibilidade de substituição por medicamento incorporado ao SUS.

O Tema 1.234 trata especificamente dos medicamentos já incorporados ao SUS mediante acordo federativo, definindo com precisão a repartição de competências entre os entes federativos. O STF estabeleceu que a responsabilidade pelo custeio e fornecimento deve observar a pactuação federativa existente, de modo que cada ente responde pelos medicamentos que lhe foram atribuídos conforme o componente da assistência farmacêutica a que pertencem, sendo indevida a condenação solidária indiscriminada. Assim, a legitimidade passiva deve ser aferida caso a caso, considerando o nível de atenção à saúde e o componente farmacêutico correspondente ao medicamento pleiteado.

Enquanto o Tema 6 regula o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, fixando requisitos substanciais para a procedência do pedido, o Tema 1.234 disciplina o fornecimento de medicamentos já incorporados, organizando a responsabilidade federativa pelo custeio e afastando a solidariedade irrestrita entre os entes públicos, que passa a ser individualizado no caso de medicamentos incorporados e variável em razão do custo no caso de ações que pleiteiam medicamentos não incorporados.

O custo anual do tratamento do paciente é calculado pelo Preço Máximo de Venda ao Governo divulgado pela CMED. Quando o custo anual for igual ou superior a 210 salários mínimos, a ação tramita na Justiça Federal e a União arca integralmente com o custo. Entre 7 e 210 salários mínimos, a ação permanece na Justiça Estadual e a União ressarcе 65% das despesas dos entes subnacionais.

Menciona-se, ainda, o Tema 106 do STJ, que exige: laudo médico fundamentado atestando a imprescindibilidade do medicamento e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira do paciente; e registro do medicamento na ANVISA.

Esses três conjuntos de requisitos orientam toda a gestão da prova nessas ações.

1.2 O ônus probatório do autor e o meio de prova adequado.

Ensina Fernando Braga Damasceno² que a matéria de prova no curso de uma demanda judicial não é linear. Quase nunca o fato probatório principal é percebido diretamente pelos meios de prova admitidos como necessários e relevantes: o que se tem são fatos probatórios intermediários, dos quais se infere a ocorrência do fato principal. Cada elo dessa cadeia precisa ser explicitado, a fim de que possa posteriormente ser controlado, tanto pelas partes quanto pelas instâncias revisoras.

Para tornar essa fundamentação transparente e passível de impugnação qualificada, é preciso delimitar o fato probatório central e realizar a decom-

2 DAMASCENO, Fernando Braga. Direito Probatório (Stricto Sensu): da valoração da prova. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 66-69.

posição analítica do conjunto probatório mediante identificação explícita de: 1) cada elemento de prova e sua qualidade epistêmica; 2) os fatos intermediários inferidos; 3) a cadeia lógica que conecta esses fatos intermediários ao fato central. A adoção desse referencial se coaduna com o sistema brasileiro de livre convencimento motivado e emprega uma técnica de explicitação do raciocínio probatório que o direito brasileiro já exige, mas raramente pratica.

O raciocínio probatório adequado nas demandas de fornecimento de medicamentos exige que o julgador percorra explicitamente cada elo da cadeia, mas com uma advertência metodológica importante: os fatos intermediários não formam uma sequência linear e fixa, válida para todos os casos. Formam uma estrutura cujos elos variam conforme as características concretas da situação do autor.

Há, contudo, um núcleo mínimo que se impõe em toda ação de fornecimento de medicamento. 1) A existência da doença está provada por elemento de qualidade epistêmica suficiente (laudos médicos e exames clínicos); 2) Existe medicamento com registro na ANVISA indicado para aquela enfermidade, o que opera como pressuposto regulatório de toda a cadeia. 3) O medicamento tem eficácia demonstrada para aquela condição naquele paciente específico (análise dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas). 4) A posologia prescrita está em conformidade com os parâmetros clínicos estabelecidos. 5) O custo-benefício do medicamento foi avaliado favoravelmente pela CONITEC ou, na ausência dessa avaliação, há evidência científica robusta e não selecionada unilateralmente que a substitua.

A esses fatos intermediários nucleares somam-se, conforme o caso, outros que se tornam igualmente obrigatórios: a demonstração de refratariedade do paciente ao tratamento disponível pelo SUS, quando há similar terapêutico na lista; a demonstração de lacuna terapêutica, quando não há nenhum medicamento disponível para aquela enfermidade; a hipossuficiência econômica, quando o medicamento está disponível no mercado privado e existem programas de acesso fornecidos pelo laboratório fabricante. Outros fatos intermediários podem surgir conforme as particularidades, e a enumeração nunca será exaustiva. É indispensável, porém, que esses fatos sejam delimitados antes da instrução, e não descobertos após ela.

Essa delimitação prévia dos fatos intermediários é uma exigência de cooperação processual, nos termos do art. 6º do CPC. Ao autor e seu advogado cabe narrar com precisão não apenas a doença e o medicamento pleiteado, mas todos os fatos intermediários que integram a cadeia: por que o similar do SUS é inadequado para aquele paciente, qual a posologia prescrita e por que ela está justificada, se há refratariedade e como ela se manifesta clinicamente. Ao juiz cabe delimitar, na decisão de saneamento, quais fatos intermediários estão controvertidos e quais elementos de prova são necessários para percorrê-los. Sem essa delimitação, a instrução é aleatória e a decisão final inevitavelmente incompleta.

A questão torna-se ainda mais dramática nas liminares, que concentram a maior parte das decisões nessa matéria. Na tutela de urgência, o juiz decide com base em cognição sumária, sem que a maioria dos fatos intermediários tenha sido sequer alegada, muito menos provada. A liminar é justificável pela urgência, mas precisa ser honesta sobre o que está presumindo: ela não afirma que todos os elos da cadeia estão provados, afirma apenas que há probabilidade do direito com base nos elementos disponíveis naquele momento.

Uma advertência, contudo, se faz necessária. Não é possível presumir contra a Fazenda Pública nas ações de saúde³. A decisão da CONITEC de não incorporar um medicamento é um ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e não pode ser afastada pela mera propositura de uma ação judicial acompanhada de laudo particular. O ônus inicial é do autor e não se inverte, porque ele é quem tem acesso às informações clínicas individuais. Ao autor incumbe demonstrar os fatos intermediários nucleares da cadeia probatória: a existência da doença, a indicação do medicamento para aquela condição e a inadequação do tratamento disponível no SUS para aquele paciente específico

Cumprida essa carga inicial com elementos de qualidade epistêmica suficiente, é possível e necessário aplicar as cargas probatórias dinâmicas do art. 373, § 1º, do CPC, deslocando o ônus para o Estado. Esse deslocamento não dispensa o raciocínio probatório, ao contrário: ele o torna mais exigente para

3 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Ônus da prova no direito processual público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ambas as partes, porque define com precisão o que cada uma precisa demonstrar em cada etapa da cadeia inferencial.

O que não se admite é que a liminar se converta em decisão definitiva de fato, como ocorre sistematicamente nessas ações, sem que os elos não examinados sejam posteriormente percorridos. A urgência justifica a antecipação, nunca a supressão do raciocínio probatório.

É nesse contexto que os diferentes meios de prova assumem papéis específicos e insubstituíveis, como se examinará nas seções seguintes.

2. MEIOS DE PROVA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS

Nas ações de fornecimento de medicamentos, três meios de prova assumem protagonismo: o laudo médico com os respectivos exames clínicos, o parecer do NatJus e a perícia judicial. Cada um desses instrumentos possui objeto, função e limites próprios, e nenhum deles pode substituir os demais ou absorver suas funções. A adequada compreensão dessa arquitetura probatória exige, antes de tudo, que se reconheça a distinção fundamental entre dois tipos de questão que essas ações suscitam.

O primeiro tipo é a questão técnico-científica de base populacional. Diz respeito a saber se o medicamento pleiteado possui evidências científicas de alto nível que amparem sua eficácia e segurança, se o fármaco está ou não incorporado às listas de dispensação e se existe substituto terapêutico incorporado ao SUS. Essa questão é abstrata e generalizável, vez que a resposta vale para qualquer paciente com aquela condição clínica, independentemente de suas particularidades individuais.

O segundo tipo é a questão clínico-individual: saber se aquele paciente específico, em sua condição concreta e com sua história clínica particular, é refratário ao medicamento disponível no SUS, apresenta contraindicação individual ao seu uso, ou cumpriu os critérios do PCDT para a progressão entre linhas terapêuticas. Essa questão é concreta e individualizada, a resposta depende do exame das circunstâncias particulares daquele paciente.

Essa distinção é o eixo organizador de toda a gestão probatória nas ações de medicamentos: o parecer do NatJus e a avaliação da CONITEC respondem, cada qual a seu modo, às questões com ampla generalidade; a perícia judicial somente se justifica quando há questão clínico-individual que não pode ser resolvida pelos demais meios disponíveis.

O princípio da eficiência processual, consagrado no art. 8º do CPC/2015, opera como critério de controle: impõe a determinação do meio de prova adequado à questão controvertida e veda a produção de prova desnecessária.

3. O LAUDO MÉDICO: CABIMENTO, OBJETO E LIMITES

3.1. Cabimento e objeto: prova sempre necessária da condição clínica individual

O laudo médico, acompanhado dos respectivos exames clínicos, é documento indispensável à propositura da ação, constituindo requisito mínimo para que o autor demonstre, desde o ajuizamento, a sua condição clínica individual, o diagnóstico, a necessidade do tratamento pleiteado e a inadequação ou insuficiência das alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS.

Sua ausência ou sua apresentação desacompanhada dos exames que lhe dão suporte ensejarão a extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de documento indispensável à propositura da ação, nos termos do art. 320 do Código de Processo Civil.

Essa obrigatoriedade decorre tanto do Tema 6 do STF, que exige a comprovação da imprescindibilidade clínica mediante laudo médico fundamentado descrevendo o tratamento já realizado, quanto do Tema 106 do STJ, que demanda laudo médico circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, atestando a imprescindibilidade do medicamento e a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS.

O objeto do laudo médico é a condição clínica individual do paciente: o diagnóstico, o tratamento já realizado, a resposta terapêutica obtida, a prescrição do medicamento pleiteado e a justificativa clínica para seu uso. Trata-se de prova documental de natureza individualizante, que retrata a situação particular daquele paciente e a avaliação do profissional que o acompanha. Os

exames clínicos (laboratoriais, de imagem, escalas de atividade de doença, registros de efeitos adversos) integram esse conjunto probatório e conferem objetividade à narrativa clínica.

3.2 Limites: necessário, mas insuficiente isoladamente

O limite fundamental do laudo médico é sua insuficiência epistêmica isolada para o preenchimento do aspecto fático exigido pelos Temas 6 e 1.234 do STF. O laudo atesta a condição clínica do paciente e a opinião do médico assistente, mas não demonstra, por si só, que essa opinião encontra respaldo em evidências científicas de alto nível. O Tema 6 é explícito: não basta a simples alegação de necessidade do medicamento, mesmo acompanhada de relatório médico, sendo necessária a demonstração de que a opinião do profissional encontra respaldo em ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise. Daí a razão pela qual o Tema 6 veda que a decisão judicial se funde exclusivamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado pelo autor, exigindo a consulta obrigatória ao NatJus.

4. O PARECER DO NATJUS: CABIMENTO, OBJETO E LIMITES

4.1 Origem, estrutura e força probatória

O Núcleo de Apoio Técnico ao Poder Judiciário (NatJus) representa um dos mais relevantes instrumentos institucionais criados para racionalizar a judicialização da saúde no Brasil. Sua origem remonta à Audiência Pública nº 4, convocada pelo STF em abril de 2009 sob a coordenação do Ministro Gilmar Mendes, que consolidou o entendimento de que as decisões judiciais sobre saúde não podem ser tomadas de forma isolada, mas com base em informações técnicas confiáveis. Como desdobramento, o CNJ instituiu o Fórum da Saúde em 2010 e, em 2018, criou o NAT-JUS Nacional, plataforma digital integrada ao sistema e-NatJus, desenvolvida em parceria com o CNJ, o Ministério da Saúde e a rede de núcleos estaduais, regulamentada pelo Provimento nº 84/2019 da Corregedoria Nacional de Justiça.

Os pareceres do NatJus são elaborados com base em diretrizes terapêuticas, protocolos clínicos e estudos científicos internacionais, por profissionais de reconhecida credibilidade, como o Hospital Israelita Albert Einstein e o Sírio-Libanês, conferindo-lhes autoridade científica e imparcialidade. Por essa razão, funcionam como prova técnica de natureza científica, com validade jurídica suficiente para suprir a insuficiência epistêmica do laudo médico particular quanto às evidências científicas de alto nível. Com as atualizações recentes, as solicitações de Nota Técnica passaram a exigir obrigatoriamente o número do Cartão Nacional de Saúde (CNS), laudo com CID, justificativa clínica, receita com princípio ativo e posologia, além de evidências científicas que comprovem a eficácia do tratamento pleiteado, o que reforça o rigor técnico e a confiabilidade das notas emitidas.

4.2 Obrigatoriedade a partir dos Temas 6 e 1.234 do STF

A obrigatoriedade do parecer do NatJus foi definitivamente assentada pelos Temas 6 e 1.234 do STF. O Tema 6 determina que o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente aferir a presença dos requisitos de dispensação a partir da prévia consulta ao NatJus, sempre que disponível na respectiva jurisdição, não podendo fundamentar sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado pelo autor. O descumprimento dessa exigência acarreta nulidade da decisão, nos termos do art. 489, § 1º, incisos V e VI, do CPC.

O Enunciado nº 18 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ reforça essa diretriz ao estabelecer que as decisões liminares sobre saúde devem, sempre que possível, ser precedidas de notas de evidência científica emitidas pelo NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente, observando-se a obrigatoriedade nas hipóteses definidas nas Súmulas Vinculantes 60 e 61 do STF.

O parecer do NatJus também desempenha papel fundamental na identificação dos parâmetros estabelecidos pelo Tema 1.234 do STF. Isso porque, ao analisar se o fármaco está ou não incorporado ao SUS, em qual nível de atenção à saúde se insere e a qual protocolo clínico eventualmente se vincula, o parecer fornece ao juízo os elementos técnicos necessários para identificar

se a responsabilidade pelo fornecimento recai sobre a União, o Estado ou o Município, evitando tanto a inclusão indevida de entes sem atribuição quanto a exclusão daquele efetivamente responsável, o que repercute diretamente na validade da relação processual e na efetividade da tutela jurisdicional. Além disso, o NatJus pode calcular o valor do tratamento anual, informação relevante para a aferição da competência nos casos em que superar 210 salários mínimos de tratamento anual para medicamentos não incorporados.

4.3. Limites: o NatJus não resolve questões clínicas individualizadas

A função do NatJus é essencialmente técnico-científica e de base populacional: ele avalia se o medicamento pleiteado possui evidências científicas de alto nível, se há substituto terapêutico incorporado ao SUS e qual o estado da arte da literatura médica sobre a questão. Trata-se de uma avaliação sobre o fármaco, não sobre o paciente individualmente. Esse é o limite estrutural do NatJus: ele responde à pergunta sobre a ciência: se o medicamento tem evidência robusta, mas não está apto a responder à pergunta clínica individualizada, se aquele paciente específico é refratário ao substituto terapêutico disponível no SUS, apresenta contraindicação individual ao seu uso, ou cumpriu os critérios do PCDT para progressão de linha. O NatJus não examina o paciente, não tem acesso à sua história clínica completa e não pode aferir, caso a caso, se a refratariedade ou a contraindicação alegada é real e clinicamente relevante.

5. A PERÍCIA JUDICIAL: CABIMENTO, OBJETO E LIMITES

5.1 Caráter subsidiário e hipóteses taxativas de cabimento

A perícia judicial é o meio de prova pelo qual o juiz se vale de conhecimento técnico especializado para a apreciação de fatos que dependam de expertise científica não disponível aos leigos (art. 156 do CPC). Nas ações de medicamentos, ela tem caráter estritamente subsidiário: somente se justifica quando a questão controvertida não puder ser resolvida pelo NatJus, pelo laudo médico e pelos exames clínicos. Não é prova de uso geral ou automático,

mas instrumento específico, reservado às hipóteses em que a controvérsia é clínico-individual e insuscetível de resolução pelos demais meios disponíveis. Fora dessas hipóteses, sua determinação configura prova desnecessária, vedada pelo art. 370, parágrafo único, do CPC.

5.2 Primeira hipótese de cabimento: refratariedade ou contraindicação individual a medicamento incorporado pelo SUS

A primeira hipótese de cabimento da perícia ocorre quando o SUS disponibiliza medicamento para a enfermidade do autor, mas este alega ser refratário ao tratamento incorporado ou apresentar contraindicação individual ao seu uso. Nesses casos, a questão controvertida não é científico-abstrata (se o fármaco pleiteado tem evidência robusta), mas clínico-concreta: se aquele paciente, em sua condição específica, não pode ou não se beneficia do tratamento disponível. A refratariedade farmacológica pode decorrer de múltiplos fatores: progressão da doença, tolerância ao medicamento, polimorfismos genéticos que alteram sua metabolização ou falha terapêutica documentada. A contraindicação individual pode ter base alérgica, imunológica ou genética.

Todavia, o cabimento da perícia não é automático mesmo nessa hipótese: depende de se a controvérsia pode ou não ser resolvida pela documentação clínica disponível nos autos. Quando o prontuário registra claramente o uso do medicamento incorporado pelo período mínimo exigido, na dose correta, com documentação objetiva da falha terapêutica por exames laboratoriais, escalas validadas ou registros de efeitos adversos graves, a prova documental é suficiente e a perícia é desnecessária. A perícia torna-se necessária quando o ente público contesta especificamente a refratariedade ou a contraindicação alegada e essa contestação não puder ser resolvida pelos documentos dos autos.

5.3 Segunda hipótese de cabimento: verificação do cumprimento dos critérios do PCDT na progressão entre linhas terapêuticas

A segunda hipótese de cabimento ocorre quando o paciente pleiteia medicamento de linha terapêutica mais avançada prevista no próprio Protocolo

Clínico e Diretriz Terapêutica (PCDT). Os PCDTs, elaborados pela CONITEC, organizam o tratamento no SUS em linhas sequenciais (tipicamente primeira, segunda e terceira linha), com critérios objetivos de progressão: uso do medicamento anterior pelo tempo mínimo estipulado, na dose adequada, com documentação da falha terapêutica aferida por marcadores laboratoriais, escalas validadas de atividade de doença ou registro de eventos adversos graves. Medicamentos incorporados ao SUS passam previamente por análise de custo-efetividade perante a CONITEC.

Quando o prontuário documenta objetivamente o cumprimento desses critérios, o laudo médico e os exames clínicos são provas suficientes. A perícia torna-se necessária apenas quando o ente público contesta especificamente o cumprimento dos critérios do PCDT e essa contestação não pode ser resolvida pelos documentos dos autos, em razão de: prontuário lacunoso ou contraditório sobre o tempo de uso e a dose do medicamento anterior; dúvida fundada sobre se a falha terapêutica foi real ou decorreu de má adesão ao tratamento; ausência de documentação objetiva dos marcadores exigidos pelo PCDT; ou divergência técnica sobre a interpretação dos critérios de resposta terapêutica.

5.4 Objeto exclusivo e limites da perícia judicial

O objeto da perícia judicial nas ações de medicamentos deve ser rigorosamente circunscrito à questão clínica individualizada que justificou sua determinação. O perito deve responder a perguntas específicas: há refratariedade documentada ao medicamento incorporado? Existe contraindicação individual ao uso do substituto terapêutico? O paciente cumpriu os critérios do PCDT para a progressão de linha?

O objeto da perícia não pode ser a avaliação da eficácia ou segurança do medicamento pleiteado em termos populacionais ou abstratos. Essa função é do NatJus. Tampouco cabe ao perito substituir a CONITEC na avaliação da incorporação do fármaco ao SUS ou rever os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. O perito atua no plano do fato clínico individual, não no plano da política pública de saúde.

6. INTERAÇÃO ENTRE OS MEIOS DE PROVA

O laudo médico, o parecer do NatJus e a perícia judicial não são meios de prova alternativos ou fungíveis, mas instrumentos complementares, com objetos distintos e hierarquia funcional definida. O laudo médico é sempre necessário e responde à questão da condição clínica individual do paciente, mas é insuficiente para o standard exigido pelos Temas 6 e 1.234. O NatJus é sempre necessário quando disponível e responde à questão técnico-científica de base populacional sobre o fármaco, suprimindo a insuficiência do laudo médico quanto às evidências científicas de alto nível. A perícia judicial é eventualmente necessária e responde à questão clínico-individual irresolvível pelos demais meios, sendo cabível apenas nas hipóteses taxativas examinadas na seção anterior.

Dessa estrutura decorrem duas vedações fundamentais. A primeira é a de sobreposição de funções: a perícia não pode ser determinada para responder questão que o NatJus já respondeu adequadamente, sob pena de violação ao art. 370, parágrafo único, do CPC.

A segunda é a vedação de substituição: o NatJus não pode ser dispensado sob o pretexto de que a perícia judicial suprirá sua função, pois os dois instrumentos têm objetos distintos. A consulta ao NatJus é condição de validade da decisão judicial, e sua ausência acarreta nulidade, nos termos do Tema 6 do STF.

7. OS MEIOS DE PROVA E OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DA DECISÃO DA CONITEC

7.1 A CONITEC como instância técnica de política pública: custo-efetividade como prerrogativa legítima, não ilegalidade

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC) é o órgão técnico-científico competente, por expressa determinação legal (art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990), para avaliar a incorporação, a exclusão ou a alteração de tecnologias em saúde no âmbito do SUS.

Sua análise é multidimensional: considera a eficácia e a segurança do medicamento, aferidas por evidências científicas de alto nível, mas também o custo-efetividade em relação às alternativas disponíveis, o impacto orçamentário para o sistema público e a equidade no acesso. Trata-se, portanto, de decisão de política pública de saúde, tomada por órgão técnico especializado no exercício de competência legalmente atribuída.

A decisão de não incorporar um medicamento por razões de custo-efetividade desfavorável constitui prerrogativa legítima da CONITEC e não uma ilegalidade. O custo-efetividade é critério expressamente previsto nos arts. 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011, e sua utilização como fundamento para a rejeição da incorporação reflete uma escolha alocativa de recursos públicos escassos, orientada pela sustentabilidade do SUS e pela equidade no acesso à saúde. O fato de um medicamento ser eficaz e seguro não implica, por si só, que sua incorporação ao SUS seja obrigatória.

Uma questão de crescente relevância prática é a possibilidade de o parecer favorável do NatJus se sobrepor à decisão de não incorporação da CONITEC. A resposta, à luz do Tema 6 do STF, é negativa. O NatJus avalia a evidência científica sobre o fármaco e responde se o medicamento tem eficácia e segurança comprovadas, mas não realiza análise de custo-efetividade, impacto orçamentário ou equidade no acesso.

Permitir que o parecer favorável do NatJus autorize a concessão judicial do medicamento independentemente da rejeição pela CONITEC seria permitir que o Judiciário substitua o juízo técnico do órgão administrativo competente pelo seu próprio, subvertendo a lógica do controle jurisdicional das políticas públicas. O NatJus responde à pergunta sobre a ciência do medicamento; a CONITEC responde à pergunta sobre a política pública de saúde. São perguntas distintas, com instâncias distintas de resposta.

7.2. O controle jurisdicional admitido: ilegalidade, mora injustificada e ausência total de alternativa terapêutica

O Tema 6 do STF delimita com precisão o âmbito do controle jurisdicional admitido sobre as decisões da CONITEC: o Poder Judiciário pode veri-

ficar a legalidade do ato de não incorporação se houve violação aos procedimentos legais, ausência de pedido de incorporação ou mora injustificada na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos arts. 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011, mas não pode invadir o mérito da decisão administrativa. O controle é de legalidade, não de mérito técnico-científico ou de oportunidade.

Além dessas hipóteses, admite-se excepcionalmente o controle jurisdicional quando a decisão de não incorporação resultar em ausência total de alternativa terapêutica para determinada doença no âmbito do SUS. Nesse caso, a omissão do sistema público configura violação ao núcleo essencial do direito à saúde, insuscetível de justificação por critérios de custo-efetividade. Não se trata de revisão do mérito da decisão da CONITEC, mas de reconhecimento de que a inexistência de qualquer tratamento disponível para determinada condição representa falha sistêmica incompatível com o art. 196 da Constituição Federal.

7.3. Hipóteses excepcionais: desatualização, erro metodológico e outros vícios

A avaliação da CONITEC e o laudo médico particular não são elementos de prova da mesma natureza, e tratá-los como equivalentes é um dos erros epistêmicos mais graves que ocorrem nessas ações. A CONITEC produz sua avaliação de custo-efetividade mediante revisão sistemática da literatura científica disponível, análise de estudos clínicos randomizados, avaliação de impacto orçamentário e consulta pública. É um processo institucional, com contraditório técnico, conduzido por especialistas sem interesse na causa, que examina a totalidade da evidência disponível sobre aquele medicamento para aquela indicação.

O laudo médico particular, por outro lado, é produzido por um profissional escolhido e pago pelo autor, com base na literatura que ele selecionou, sem contraditório, em relação a um paciente específico. O parecer do NatJus, embora tecnicamente superior ao laudo particular por ser produzido sem vínculo com as partes, é também uma avaliação pontual, produzida em prazo exíguo, sem o mesmo grau de profundidade metodológica da avaliação da CONITEC.

Isso não significa que a avaliação da CONITEC seja infalível ou que não possa ser afastada. Significa que afastá-la exige um esforço epistêmico proporcional à sua qualidade. Para que um laudo médico particular ou uma nota NAT-JUS possam invalidar uma avaliação desfavorável da CONITEC, seria necessário que demonstrassem ao menos uma das seguintes situações.

A primeira é a desatualização da avaliação. A ciência médica evolui, e uma avaliação da CONITEC realizada há vários anos pode não refletir o estado atual da evidência científica. Se surgiram estudos clínicos relevantes após a avaliação, publicados em periódicos de alto impacto e com metodologia robusta, esses estudos podem justificar o afastamento da conclusão anterior. Mas o laudo ou o parecer precisam identificar especificamente esses estudos, demonstrar que são metodologicamente superiores aos que embasaram a avaliação da CONITEC e explicar por que alteram a conclusão sobre custo-efetividade. Uma referência genérica a avanços científicos não é suficiente.

A segunda é o erro metodológico na avaliação. Se a avaliação da CONITEC utilizou comparadores inadequados, adotou desfechos clínicos irrelevantes para aquela condição, excluiu estudos relevantes sem justificativa ou aplicou modelo econômico inadequado à realidade brasileira, esses vícios metodológicos podem comprometer sua conclusão. Mas identificar um erro metodológico em uma revisão sistemática exige conhecimento técnico especializado que um laudo médico clínico ordinariamente não tem. O médico assistente do autor é especialista na condição clínica do paciente, não necessariamente em avaliação de tecnologias em saúde. Confundir essas competências é outro erro epistêmico frequente.

A terceira é a especificidade do caso concreto. A avaliação da CONITEC examina o medicamento para uma população, não para um paciente individual. É possível que um paciente apresente características clínicas que o coloquem fora do perfil populacional avaliado: refratariedade documentada ao tratamento disponível, contraindicação ao similar terapêutico por condição associada, variação dos efeitos do fármaco que altera a resposta ao medicamento padrão. Nesse caso, o que afasta a avaliação da CONITEC não é sua

conclusão sobre a população em geral, mas a demonstração de que aquele paciente específico não pertence ao grupo para o qual ela foi formulada. Essa demonstração exige prova clínica robusta e específica, não uma afirmação genérica de que o paciente não respondeu ao tratamento anterior.

O que ocorre sistematicamente na prática, porém, é diferente de qualquer dessas três situações. O laudo médico particular afirma que o medicamento pleiteado é superior ao disponível pelo SUS com base em literatura selecionada pelo próprio profissional, sem enfrentar os estudos que embasaram a avaliação da CONITEC, sem identificar erro metodológico, sem demonstrar desatualização e sem provar especificidade clínica do paciente. O parecer do NatJus, produzido em prazo de horas ou dias, frequentemente não tem condições materiais de realizar análise metodológica aprofundada da avaliação da CONITEC. E o juiz, sem formação técnica para avaliar a qualidade metodológica de nenhum dos elementos.

O resultado é que uma avaliação institucional produzida com alto grau de rigor metodológico é rotineiramente afastada por um documento de qualidade epistêmica inferior, sem que o julgador explicita por qual das razões legítimas isso está ocorrendo. Isso não é raciocínio probatório. É substituição de prova de alta qualidade epistêmica por prova de baixa qualidade epistêmica sem justificativa controlável.

Em hipóteses ainda mais excepcionais, o controle jurisdicional da decisão da CONITEC pode alcançar vícios de natureza mais grave: a existência de conluio entre membros da comissão e agentes privados interessados na não incorporação do medicamento; o desvio de finalidade, caracterizado pelo uso do poder de deliberação para fins estranhos ao interesse público; ou outros vícios de legalidade qualificada que comprometam a integridade do processo de avaliação.

Nesses casos, o controle jurisdicional não revisita o mérito técnico-científico da decisão, mas sanciona a ilegalidade do processo decisório. Trata-se, porém, de hipóteses de elevado ônus probatório, dificilmente trazida para um processo individual de fornecimento de medicamentos.

8. EFICIÊNCIA PROCESSUAL E CERCEAMENTO DE DEFESA

8.1. Conceito, previsão normativa e funções do princípio da eficiência processual

A eficiência processual ingressou expressamente no ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 8º do Código de Processo Civil de 2015, configurando norma-princípio⁴, dotada de autonomia em relação à efetividade e à economicidade. É importante registrar que a menção à eficiência no art. 37, caput, da Constituição Federal refere-se à atuação eficiente da Administração Pública em sentido organizacional, sem alcançar a gestão individual dos processos judiciais. Foi apenas com o CPC/2015 que a eficiência foi projetada sobre a condução concreta do processo judicial, tornando-se norma de observância obrigatória para todos os sujeitos da relação processual⁵.

O princípio exerce três funções essenciais: interpretativa, bloqueadora e integrativa. Nas ações de medicamentos, é a função bloqueadora que opera centralmente no controle da prova pericial: quando o NatJus já respondeu à questão técnico-científica, a determinação de perícia sobre o mesmo objeto não encontra fundamento válido no sistema probatório, e o princípio da eficiência bloqueia a aplicação irrestrita do art. 370, caput, do CPC.

Como adverte Leonardo Cunha⁶, nem sempre eficiência pressupõe a escolha que levará à maior rapidez: em alguns casos, celeridade significa ineficiência — e dispensar perícia necessária em nome da velocidade compromete a decisão e provoca sua anulação, gerando custos e dilações ainda maiores.

8.2. O indeferimento da prova desnecessária como dever do juiz

O art. 370, parágrafo único, do CPC estabelece o poder-dever do juiz de indeferir diligências inúteis ou desnecessárias. Nas ações de medicamentos, esse poder-dever assume contornos específicos: determinar perícia judicial

4 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

5 CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O Princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

6 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65- 84, jul. 2014.

quando os meios probatórios disponíveis são suficientes para a resolução da controvérsia não apenas viola o dispositivo citado, como também compromete a efetividade do direito à saúde, ao postergar desnecessariamente a decisão sobre o pedido de tutela.

A prática de determinar perícias judiciais mesmo diante de laudos NatJus completos e fundamentados gera retardamento processual, aumento de custos e sobrecarga do sistema de saúde, sem qualquer ganho epistêmico correspondente. O indeferimento fundamentado da perícia desnecessária não é faculdade, mas dever, cuja violação compromete a fundamentação da decisão nos termos do art. 489, § 1º, do CPC.

8.3. O indeferimento da prova necessária como cerceamento de defesa

A outra face do princípio da eficiência é igualmente relevante: o indeferimento da perícia nas hipóteses em que ela é genuinamente necessária, refratariedade, contraindicação individual ou contestação dos critérios do PCDT, configura cerceamento de defesa e viola o direito à prova como manifestação do contraditório substancial (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Dispensar perícia necessária em nome da celeridade é exatamente o inverso da eficiência: a decisão será proferida sem base probatória adequada para a questão clínico-individual, tornando-se vulnerável à anulação e à necessidade de repetição de atos, o que gera custos e dilações maiores do que a realização da perícia desde o início. O juiz deve, portanto, identificar com precisão o objeto da controvérsia: se a questão é técnico-científica, o NatJus é suficiente; se a questão é clínico-individual, a perícia é necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações judiciais de fornecimento de medicamentos não comportam raciocínio probatório simplificado. A receita médica e o laudo particular não são prova suficiente de todos os fatos intermediários que compõem a cadeia

inferencial, e tratá-los como tal é substituir o raciocínio probatório pelo argumento de autoridade do profissional que assiste o paciente, vício epistêmico que o ordenamento brasileiro expressamente veda.

Cada elemento de prova precisa ser interrogado quanto ao seu objeto, à sua qualidade epistêmica e à sua aptidão para demonstrar o fato intermediário específico a que se destina.

A avaliação da CONITEC, por sua vez, não pode ser ignorada ou afastada sem que o autor identifique, de forma específica e fundamentada, a desatualização da avaliação, o erro metodológico na sua produção ou a especificidade clínica que coloca aquele paciente fora do perfil populacional avaliado. Na ausência desse questionamento, a decisão que afasta a avaliação da CONITEC não está valorando a prova, mas substituindo elemento de alta qualidade epistêmica por elemento de qualidade inferior sem justificativa controlável, o que não é raciocínio probatório, mas sua negação.

O direito à saúde exige decisões com fundamentações robustas, não apenas decisões favoráveis. A robustez técnica depende de fundamentação jurídica adequada com invocação de textos normativos e precedentes, delimitando seus sentidos e alcances.

Todavia, também precisa de raciocínio probatório analítico, percorrido elo a elo, com identificação precisa do fato principal, dos fatos intermediários, dos meios de prova adequados a cada um deles e das inferências que permitiram a conclusão do fato central a partir dos intermediários. Sem esse percurso, a decisão judicial torna-se, do ponto de vista empírico e de raciocínio probatório, indefensável.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado n. 18. I Jornada de Direito da Saúde**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.657.156/RJ**. Tema Repetitivo n. 106. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 25 abr. 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 566.471**. Tema n. 6. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 21 set. 2024. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.366.243**. Tema n. 1.234. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 21 set. 2024. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2024.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 233, p. 65-84, jul. 2014.

DAMASCENO, Fernando Braga. **Direito probatório (*stricto sensu*): da valoração da prova**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da prova no direito processual público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

**DA APLICAÇÃO POR ANALOGIA DA SÚMULA 308 DO STJ
AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENVOLVENDO IMÓVEIS E
GARANTIDOS POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA: ESTUDO
SOBRE O RESP 2.130.141-RS**

Temistocles Araujo Azevedo
Juiz federal

RESUMO: Esse trabalho tem por objetivo analisar se os fundamentos da Súmula 308 do STJ podem ser utilizados para solucionar casos envolvendo alienação fiduciária em garantia, a partir do estudo do REsp 2.130.141-RS.

ABSTRACT: *This work has the objective to analyse if the fundamentals from the “Súmula” (a binding statement distilled from a line of consistent judicial decisions) 308 of STJ can be utilized to solve cases involving Brazilian fiduciary transfer of ownership as security, from the study of REsp 2.130.141-RS.*

INTRODUÇÃO

Em 01/04/2025 a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o eminente Ministro Antônio Carlos Ferreira, por maioria, efetuou *distinguishing* entre a Súmula 308, do STJ, e os casos envolvendo alienação fiduciária em garantia de imóveis, ao julgar o REsp 2.130.141-RS.

O relator estruturou o seu voto vencedor em três fundamentos principais: a) a maioria dos acórdãos que deram origem à Súmula 308 do STJ se basearam na legislação especial do Sistema Financeiro da Habitação, vigente na época, que tinha um caráter protetivo dos adquirentes, situação essa que se modificou com a Lei 9.514/1997, que instituiu o Sistema Financeiro Imobiliário, com preocupação diversa; b) distinção entre os institutos da hipoteca, que caracterizava a garantia mais utilizada pelo Sistema Financeiro da Habitação, e a alienação fiduciária em garantia, que é mais utilizada desde a Lei 9.514/1997; c) a aplicação da súmula 308 do STJ aos contratos de alienação fiduciária em garantia tornará a contratação mais onerosa às pessoas que pretendem adquirir imóvel próprio, na medida em que vai encarecer o custo do financiamento.

Importante destacar que as duas Turmas que integram a Segunda Seção do STJ até o julgamento do REsp 2.130.141-RS aplicavam o enunciado da Súmula 308 para os casos regulados pela Lei 9.514/1997, inclusive o próprio Ministro relator, como por ocasião do julgamento do Agravo em Recurso Especial 1601985-RS, julgado pela Quarta Turma em 14/06/2023.

No presente trabalho, o objetivo é compreender o raciocínio da Quarta Turma, abordar os três fundamentos de seu voto e verificar sua sustentação em detrimento da tradição jurisprudencial da Corte.

Para tanto, será necessário abordar o histórico das decisões do STJ, e aqui haverá limitação às que são relacionadas no site do Tribunal como aquelas que originaram o texto da Súmula 308. E, por fim, trabalhar com noções de direito privado e de direito processual civil, notadamente com os conceitos de *ratio decidendi* e analogia.

1. FUNDAMENTOS DO RESP 187.940/1990

A análise inicial desse julgado é importante porque dois trechos do voto do então relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, são transcritos como fundamentos em quase todos os acórdãos relacionados no site do STJ, e são importantes para compreender a verdadeira abrangência dos votos dos Ministros nos diversos acórdãos que serão mencionados.

O caso consiste em execução de garantia hipotecária ajuizada pela instituição financeira que concedeu empréstimo para a construção da obra. A construtora vendeu o imóvel, mas já por ocasião do contrato de financiamento o havia cedido em garantia hipotecária ao credor. O que é possível compreender é que a vendedora recebeu os valores e não os repassou para o credor hipotecário. O Juiz de primeiro grau julgou procedentes os embargos de terceiros movidos pelos adquirentes, tendo o Tribunal de Justiça, após julgamento do então em vigor recurso de embargos infringentes, dado provimento ao recurso de apelação da instituição financeira.

O recurso especial foi lastreado nos arts. 22, 23, §§1º e 2º, da Lei 4.864/65, 85, do CC de 1916 e 2º, §§1º e 5º, da LICC. O fundamento do recurso era realmente o caráter especial da legislação: *“no sistema financeiro da habitação, com regulação específica, o agente do crédito teria como garantia a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais, devendo proceder de acordo com o previsto naquela legislação”*. Alegaram ainda os recorrentes que a instituição financeira designou a construtora como responsável pelas vendas, forneceu-lhe contrato padrão e autorizou a venda e o recebimento das prestações, apenas exigindo a garantia hipotecária. Por conta dessas características, entendeu que teria ocorrido revogação da garantia hipotecária. Alegou também que não havia como se sustentar a garantia hipotecária sobre bem futuro.

O relator, Ministro Ruy Rosado Aguiar, dispõe sobre a questão a ser abordada:

“Versa o presente recurso sobre a possibilidade de execução de imóvel hipotecado ao agente financeiro (instituição de crédito

imobiliário), em garantia de dívida da construtora ou incorporadora do edifício (devedora), já tendo sido o bem objeto de contrato de promessa de compra e venda celebrado com terceiro, que pagou integral ou parcialmente as suas prestações à promitente vendedora, e que vem a sofrer a penhora do apartamento que adquiriu, na execução da hipoteca promovida pela instituição de crédito imobiliário por inadimplemento da construtora, devedora hipotecária”.

O relator realmente observou que o negócio foi firmado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

O Ministro adverte:

“Faço esse registro inicial porque é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado a venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário)”.

Em seguida o relator começa a discorrer sobre as características das sociedades de crédito imobiliário no Sistema Financeiro da Habitação.

O Ministro Relator cita artigos da Lei 4.864/1965:

Art. 21. Nas suas operações de crédito imobiliário, as Caixas Econômicas, ouvido o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais, darão preferência ao financiamento de projetos da iniciativa privada para a construção e venda a prazo, em edificações, ou conjunto de edificações, de unidades habitacionais de interesse social, ou destinadas às classes de nível médio de renda.

§ 1º Nas operações previstas neste artigo, as Caixas Econômicas poderão financiar, mediante abertura de crédito a ser utilizado

pelo empresário, à medida da entrega das unidades habitacionais, admitido o contrato prévio de promessa de financiamento.

§ 2º Nas condições que o Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais fixar, poderá ser permitida a utilização, antes da entrega das unidades e em função da execução da obra, de até 60% (sessenta por cento) do financiamento contratado.

§ 3º Nas operações a que se referem os §§ 1º e 2º deste artigo, poderá ser previsto que o valor nominal dos desembolsos ajustados seja atualizado monetariamente à data de sua efetiva entrega ao financiado.

§ 4º Nas operações previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo, a correção monetária do débito e os juros cobrados incidirão apenas sobre o saldo devedor da parcela do financiamento que tenha sido efetivamente realizada.

§ 5º O disposto neste artigo e seus parágrafos poderá ser aplicado nas operações contratadas diretamente com pessoas físicas.

*Art. 22. Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, **poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.***

§ 1º Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, ***o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.***

§ 2º Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional,

exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos.

Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no art. 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 1º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá, mediante comunicação aos adquirentes das unidades habitacionais, passar a exercer diretamente todos os direitos decorrentes dos créditos cedidos, aplicando as importâncias recebidas no pagamento do seu crédito e nas despesas decorrentes da cobrança, e entregando ao devedor o saldo porventura apurado.

§ 2º Se a importância recebida na realização dos direitos cedidos não bastar para pagar o crédito do credor fiduciário, bem como as despesas referidas no parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo remanescente.

§ 3º É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não fôr paga no seu vencimento.

§ 4º A cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, fôr arquivado por cópia no Registro de Títulos e Documentos. (grifos próprios).

Com base nessa legislação o relator discorreu que a garantia hipotecária somente permanece enquanto o imóvel já construído não for vendido. Após vendido a terceiro, ou objeto de promessa de compra e venda, pela disposição da lei (art. 22, da Lei 4.864/1965), o crédito da sociedade de crédito passa a incidir sobre

“os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado, sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa-fé, que cumpriu todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa de seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio”.

“As regras gerais sobre hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema”.

Depreende-se que o relator até fala em proteção dos terceiros de boa-fé, um princípio geral do direito privado, entretanto, sempre com os olhos voltados para a regulamentação específica do sistema financeiro da habitação.

No acórdão são transcritas disposições contratuais, cláusulas 18 e 21, que refletiriam essa regulamentação específica.

Logo em seguida, no tópico 3 do voto, restou consignado o seguinte:

“Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas a venda apreçar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por

terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. **Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar.** Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel – que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro – uma garantia hipotecária pela dívida de sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro”. (grifo próprio).

Depreende-se que a legislação do SFH não foi o único fundamento, e mais, que nem foi o fundamento determinante, na medida em que o próprio relator diz que mesmo se a legislação nada dispusesse, a conclusão seria exatamente a mesma: levantamento do gravame.

2. DA ESTRUTURA DO VOTO VENCEDOR NO RESP 2.130.141-RS

Nesse ponto será necessário se alongar um pouco mais para compreender os fundamentos elencados pelo relator. Inicialmente, vale transcrever o fato que deu origem ao processo:

Consta dos autos que a empresa SBCL EMPREENDIMENTOS LTDA ingressou em grupos de consórcio de bens imóveis administrados por RANDON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA, ora recorrente, objetivando a obtenção de cartas de crédito para o custeio da construção do Bloco B do Conjunto Re-

Residencial Atlanta II, localizado na cidade de Cachoeirinha – RS. Em razão da contemplação de cotas e liberação de crédito, em 7/2009, SBCL EMPREENDIMENTOS LTDA firmou com a recorrente escritura pública de confissão de dívida, mútuo, com pacto adjeto de constituição e alienação fiduciária em garantia, devidamente registrada no ofício imobiliário. No instrumento público, a empresa SBCL alienou fiduciariamente o apartamento 218 e o box de estacionamento n. 44 do Residencial Atlanta II, Bloco B, objetos do presente litígio (e-STJ, fl. 115).

Apesar de o imóvel pertencer à credora fiduciária, RANDON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA, a devedora fiduciante, SBCL EMPREENDIMENTOS LTDA, em 11/2010, ajustou instrumento particular de promessa de compra e venda com D&P INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (e-STJ, fls. 22 /34).

Por sua vez, em 6/2013, D&P INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA firmou com PAULO HENRIQUE DE SOUZA REIS e MILENE LODETTI PAGANINI, autores da ação e ora recorridos, instrumento particular de cessão e transferência de direitos contratuais em relação aos referidos bens imóveis (e-STJ, fls. 105/111).

Diante do inadimplemento da devedora fiduciante, em 12/2015, RANDON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA consolidou em seu nome a propriedade plena do imóvel alienado fiduciariamente, operando-se, por consequência, a quitação da dívida (e-STJ, fl. 297).

Em 3/2016, PAULO HENRIQUE DE SOUZA REIS e MILENE LODETTI PAGANINI, ora recorridos, ajuizaram ação declaratória de ineficácia de garantia cumulada com desconstituição de gravame contra SBCL EMPREENDIMENTOS LTDA e RANDON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA (e-STJ, fls. 2/3). Por fim, os autores pediram que fosse “julgada procedente a ação, tornando ineficaz em face o autor a dívida constituída entre as requeridas, desconstituindo-se ainda o gravame existente na matrícula do imóvel, oficiando-se o Registro de Imóveis da Comarca de Cachoeirinha/RS para que proceda a

baixa do mesmo” (e-STJ, fl. 16).

RANDON ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA apresentou contestação, informando que a alienação fiduciária teria ocorrido anteriormente à formalização do instrumento particular de cessão e transferência de direitos contratuais (e-STJ, fls. 198/214).

O Ministro relator passa a fazer uma exposição histórica dos acórdãos relacionados no site do STJ como os que originaram a Súmula 308. De acordo com ele, dentre os 16 indicados, apenas em cinco o julgamento foi favorável ao adquirente sem haver menção a legislação especial do SFH. Em onze o fundamento para o acolhimento do pedido do adquirente consistia no caráter específico da legislação do SFH.

No voto vencedor faz-se citação expressa ao Resp 187.940/SP, já analisado acima, em socorro de sua tese, para reforçar que o fundamento do acórdão tem relação apenas com os financiamentos regulamentados pelo Sistema Financeiro da Habitação.

No voto vencedor há também referência ao julgado do STJ, EREsp 415.667/SP, relator Ministro Castro Filho, Segunda Seção, prolatado em 21/06/2004 também para reforçar seu argumento. O então relator, Ministro Castro Filho, fez uma distinção de situações, de fato:

*Em verdade, a controvérsia pacificou-se no âmbito da Segunda Seção desta Corte. Assim, no caso de a hipoteca ter sido instituída pela empresa construtora ao agente financeiro **em data posterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda**, é pacífica a jurisprudência no sentido de sua nulidade (leio ineficácia) em relação ao promitente comprador (REsp. n.º 146.659/MG, relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 05/06/2000 e 296.453/RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 03/09/2001). Ao contrário, se o gravame foi constituído e registrado **antes de firmado o compromisso de compra e venda**, a validade da hipoteca está condicionada ao fato de os recursos serem próprios do*

agente financeiro, bem como da ciência do fato pelo adquirente. Esta é a situação estampada no acórdão paradigma (AGA n.º 161.052/SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 07/12/1998), que, por isso, não guarda perfeita identidade com a hipótese discutida no acórdão embargado, que cuida de financiamento por meio do Sistema Financeiro da Habitação. Nestes casos, a Segunda Seção tem decidido pela ineficácia da hipoteca perante o adquirente da unidade habitacional.

O Ministro Relator relaciona os cinco acórdãos utilizados como fundamento para a edição da Súmula 308, em que a legislação do Sistema Financeiro da Habitação não foi mencionada como fundamento:

Em apenas 5 (cinco) dos precedentes mencionados na edição da Súmula n. 308 do STJ, não houve indicação explícita de que o financiamento imobiliário ocorreu no contexto do Sistema Financeiro da Habitação: REsp n. 287.774/DF, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/2/2001, DJ de 2/4/2001, p. 302; REsp n. 329.968/DF, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 9/10/2001, DJ de 4/2/2002, p. 394; REsp n. 401.252/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 28/5/2002, DJ de 5/8/2002, p. 352; REsp n. 418.040/SC, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 20/4/2004, DJ de 10/5/2004, p. 273; e AgRg no REsp n. 561.807/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/3/2004, DJ de 19/4/2004, p. 197.

Daí porque eminente relator haver concluído que a analogia não pode ser utilizada em relação a alienação fiduciária em garantia: a súmula foi editada no contexto do crédito fornecido pelo SFH:

Conforme explicitado, ao examinar a súmula em questão, é perceptível que a razão subjacente extraída dos acórdãos relacionados pode ser interpretada da seguinte maneira: no contexto do crédito fornecido pelo Sistema Financeiro da Habitação,

a hipoteca estabelecida entre a incorporadora e a instituição financeira não teria eficácia em relação aos compradores do imóvel.

Essa compreensão conduziu o STJ, por exemplo, segundo o acórdão em estudo, haver sedimentado o entendimento de que a Súmula 308 não se aplica a aquisição de imóveis comerciais.

O eminente Ministro Relator refere que a Terceira Turma considerou fato essencial para a extensão da aplicação da Súmula 308 do STJ à alienação fiduciária em garantia a proteção da boa-fé do adquirente, o que, na sua visão, não foi levado em consideração na maior parte dos acórdãos que justificaram a edição da Súmula 308:

Contudo, a Terceira Turma, ao enfrentar pela primeira vez a tese de ineficácia da alienação fiduciária, firmada entre a incorporadora e o agente financeiro, perante o mutuário, considerou como fato essencial, para configuração da ratio decidendi da Súmula n. 308/STJ, a boa-fé do adquirente, “que cumpriu o contrato de compra e venda do imóvel e quitou o preço ajustado, até mesmo porque este possui legítima expectativa de que a construtora cumprirá com as suas obrigações perante o financiador, quitando as parcelas do financiamento e, desse modo, tornando livre de ônus o bem negociado” (REsp n. 1.576.164/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/5/2019, DJe de 23/5/2019).

Porém, da maior parte dos precedentes que fundamentaram a edição da Súmula n. 308/STJ não se extrai como fato jurídico essencial o respeito à boa-fé do adquirente no âmbito dos direitos reais, mas sim a existência de um regime especial instituído pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação.

E conclui:

Registre-se que, enquanto o Sistema Financeiro da Habitação visa a “facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria ou moradia, especialmente pelas classes de menor renda da população” (art. 8º da Lei n. 4.380 /1964), “o Sistema de

Financiamento Imobiliário – SFI tem por finalidade promover o financiamento imobiliário em geral, segundo condições compatíveis com as da formação dos fundos respectivos” (art. 1º da Lei n. 9.514/1997). Consequentemente, o Sistema Financeiro da Habitação estabelece normas mais protetivas para as partes mais vulneráveis.

Em seguida o relator passa a tratar das distinções entre a garantia hipotecária de crédito e a da alienação fiduciária. Aduz que quando o devedor hipotecário firma um contrato de promessa de compra e venda de imóvel com terceiro de boa-fé, ele está vendendo bem do qual é proprietário, ao passo que o devedor fiduciante, ao negociar bem garantido fiduciariamente, estará vendendo imóvel que pertence ao credor fiduciário. E conclui que se o regime jurídico é muito distinto, não poderia haver aplicação da súmula 308 do STJ. Daí porque a venda pelo devedor fiduciante a terceiro de boa-fé é negócio jurídico ineficaz. Invoca em socorro de sua tese precedentes do STJ de que a venda a non domino é ineficaz em relação ao proprietário e insuscetível de convalidação pelo decurso do tempo.

Sustenta o relator que não é possível estender uma hipótese de exceção normativa, como as regras do Sistema Financeiro da Habitação que justificaram a Súmula 308 do STJ, para restringir a aplicação de regra jurídica válida, concernente as disposições da Lei 9.514/1997, notadamente porque essa lei exige anuência do credor fiduciário para que o devedor fiduciante possa transmitir os direitos sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia (art. 29). Assim, a alienação de imóvel sujeito a propriedade fiduciária sem anuência do credor fiduciário somente seria eficaz em relação às partes, não se estendendo seus efeitos aquele.

E arremata:

Logo, seja pela inadequação de se estender a ratio decidendi da súmula aos casos não contemplados no SFH, seja por ausência de similaridade normativa entre os institutos, seja porque o negócio jurídico realizado por quem não é dono não produz efeito em relação ao proprietário fiduciário, ou mesmo pela impossi-

bilidade de elastecer uma hipótese de exceção normativa para restringir a aplicação de regra jurídica válida, o fato é que a Súmula n. 308 do STJ não deve ser empregada nas hipóteses de alienação fiduciária. (grifo próprio).

O Ministro relator também invoca argumento de natureza consequencialista ao dizer que

“A aplicação da Súmula n. 308 do STJ aos contratos de alienação fiduciária pode gerar efeitos prejudiciais aos próprios consumidores, tendo em vista o aumento do risco percebido pelos agentes financeiros ao concederem financiamentos para aquisição de imóveis, com a consequente elevação do custo de crédito”.

Após a exposição da tese jurídica passa-se então a tratar do caso concreto. O devedor fiduciante firmou contrato de alienação fiduciária em garantia com o credor fiduciário em momento anterior ao de um instrumento particular de promessa de compra e venda firmado entre o devedor fiduciante e outra empresa, cujo objeto era de investimentos imobiliários. E essa empresa depois firmou com os adquirentes cessão e transferência de direitos contratuais. A alienação foi registrada no cartório de registro de imóveis, disponível para consulta de qualquer adquirente do imóvel junto à empresa que firmou contrato de promessa de compra e venda com o devedor fiduciante. Como o negócio entre credor fiduciário e devedor fiduciante foi regulado pela Lei 9.514/1997, aduz o relator que é irrelevante a boa-fé dos terceiros adquirentes, pois se trata de venda *a non domino*, ineficaz em relação ao credor fiduciário.

Importante destacar que o voto vencido acolheu a pretensão do adquirente, entretanto, por motivos diversos dos fundamentos adotados pelo relator. O Ministro Marco Buzzi entendeu que não havia nenhum prejuízo à instituição financeira porque os adquirentes haviam movido, antes da ação declaratória de ineficácia da garantia fiduciária, ação de consignação em pagamento, o que ocasionou o adimplemento integral diretamente à credora fiduciária. Por essa razão, não conheceu do recurso especial, porque não tratou desse aspecto da demanda.

3. DOS ACÓRDÃOS RELACIONADOS COMO OS QUE FUNDAMENTARAM A SÚMULA 308

Como mencionado anteriormente, no REsp 2.130.141-RS foi consignado que dentre os dezesseis acórdãos que são elencados no site do STJ como os que fundamentaram a edição da Súmula 308, apenas cinco não haviam mencionado as regras específicas do SFH. Entretanto, o relator não indicou se os onze por ele pesquisados teriam se fundamentado exclusivamente no SFH.

No acórdão do EREsp 415.67/SP, relator Ministro Castro Filho, já mencionado acima, houve transcrição quase integral do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do REsp 187.940/SP, inclusive o tópico 3 acima mencionado, no qual o Ministro Ruy Rosado estabeleceu que mesmo se o regime do Sistema Financeiro da Habitação não tivesse as previsões por ele analisadas, ainda assim a solução não poderia ser diversa da que ele deu, prestigiando os princípios da boa-fé objetiva, da proteção de interesse de terceiros, da vedação ao abuso de direito e a natureza das coisas.

No REsp 557.369, Relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado pela Quarta Turma em 07/10/2004, a ementa traz como fundamento exclusivamente o fato de que nos contratos de financiamento para construção de imóveis pelo SFH a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária.

Na ocasião o relator por diversas vezes faz transcrição de outros acórdãos do STJ, como do EREsp 415.667/SP já mencionado, o qual foi transcrito quase que na íntegra, valendo destacar a menção ao REsp 187.940/SP, notadamente a parte em que o então relator, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, estabelece que ainda que a legislação do SFH fosse diversa, o princípio da boa-fé objetiva, da proteção da boa-fé de terceiros, da vedação ao abuso de direito e a natureza da coisa, conduziriam ao levantamento da hipoteca. O relator também transcreve o parecer do MPF, que é por ele endossado, que traz como fundamentos a natureza consumerista da relação, o princípio da boa-fé objetiva, a proteção da boa-fé dos terceiros e coibição ao abuso de

direito. Assim, o fundamento não foi exclusivamente a legislação do Sistema Financeiro da Habitação.

No AgRg no Agravo de Instrumento nº 522.731-GO, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado pela Terceira Turma em 22/05/2003, a fundamentação consiste em transcrição de trechos de outros julgados da mesma matéria, cujas fundamentações não consistem em aplicar exclusivamente a legislação do SFH, transcrevendo trechos do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no Resp 287.774/DF, por exemplo, que em nenhum momento invocou a legislação do SFH para determinar o levantamento da hipoteca em favor da instituição financeira.

No REsp 651.125, julgado pela Terceira Turma do STJ em 02/09/2004, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a fundamentação também consiste em transcrição de ementas. O Ministro relator aduziu na época “que há nesta Corte uma interpretação consolidada no âmbito da Segunda Seção de que a garantia hipotecária do financiamento não atinge o terceiro adquirente da unidade, o qual responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito”.

Prossegue o relator transcrevendo voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 401.252/SP, onde se sustenta que “na incorporação de imóvel, é ineficaz a cláusula que institui hipoteca em favor do financiador da construtora da unidade alienada e paga por terceiro adquirente”. E conclui com transcrição de outro voto do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp 187.940, já analisado acima, de que “o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio”. Nesse acórdão, **nenhuma referência ao regime jurídico especial do SFH é realizada**, de modo que se pode com tranquilidade concluir que esse é mais um que se junta aos outros cinco mencionados no voto vencedor do REsp 2.130.141-RS, como amostra de acórdãos que não utilizam esse fundamento como determinante para justificar o levantamento do gravame da hipoteca no imóvel do adquirente.

No REsp 514.993-GO, julgado pela Quarta Turma do STJ em 25/11/2003, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, na ementa consta

“FINANCIAMENTO PARA CONSTRUÇÃO. SFH”, “Firme o entendimento no sentido de que em contratos de financiamento para construção de imóveis pelo Sistema Financeiro de Habitação, a garantia hipotecária do contrato concedida pela incorporadora ao banco não atinge o terceiro adquirente da unidade”.

O Relator invoca precedente de sua lavra (REsp 171.421-SP), no qual ficou assentado que “a Lei nº 8.009/90 impede a execução de imóvel adquirido pelo mutuário, no SFH, destinado à moradia da família, estando o bem imune à hipoteca instituída pela construtora em favor do financiador”. Depreende-se que nesse acórdão um novo fundamento foi inserido: a inalienabilidade do bem de família. Assim, os fundamentos são dois: a legislação do SFH e a impenhorabilidade do bem de família instituída pela Lei 8.009/1990.

No REsp 439.604-PR, julgado pela Terceira Turma do STJ em 22/05/2003, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, a ementa refere compra e venda de imóvel pelo SFH, restringindo seu alcance a compradores de imóvel no âmbito de referido regime. O relator manifestou entendimento de, no Sistema Financeiro da Habitação, se o imóvel fosse pago à vista, com quitação da obrigação assumida, e, ainda não tivessem os adquirentes conhecimento de que os bens estavam gravados, não haveria razão para não levantar a garantia hipotecária. O caso, entretanto, era diverso. Tratava-se de pagamento parcial. Manteve o mesmo entendimento, transcrevendo voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 187.940/SP, não só a parte atinente ao regime legal do SFH, mas também a passagem concernente ao regime de proteção ao terceiro de boa-fé, de realização da boa-fé objetiva e de vedação ao abuso de direito. Desse modo, o fundamento do acórdão, por meio de transcrição dessa passagem integral não parece residir tão-somente nas regras do SFH.

No AgRg no REsp 505.407-GO, julgado pela Terceira Turma do STJ em 05/08/2004, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, na ementa não há nenhuma menção ao Sistema Financeiro da Habitação, apenas referência à hipoteca em favor de agente financiador sobre unidade de apartamentos, que

seria ineficaz em relação aos promissários-compradores. O Ministro Relator aduz que “a hipoteca firmada em favor do banco agravante é ineficaz perante o promissário comprador, ora agravado, que somente é responsável pelo pagamento da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o banco financiador do empreendimento, na medida em que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei 4.864/1965”. Vê-se, portanto, que o acórdão expressamente faz alusão a legislação especial do SFH. Assim como alguns dos acórdãos mencionados acima, o relator faz transcrição quase integral da fundamentação do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no acórdão do REsp 187.940-SP, inclusive das razões concernentes à proteção do terceiro de boa-fé, da realização do princípio da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso de direito. Consequentemente, a legislação especial do SFH não foi o único fundamento do acórdão.

Em síntese, não se pode concluir que o argumento exclusivo utilizado nos acórdãos selecionados para justificar a Súmula 308 do STJ era a legislação específica do Sistema Financeiro da Habitação. Quatro dos acórdãos que o relator do REsp 2.130.141-RS menciona em favor da sua tese invocam o voto do saudoso Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 187.940-SP, o qual expressamente aduz que ainda que o SFH não fosse regulado com as disposições do art. 22, da Lei 4.864/1965, a hipoteca deveria ser levantada em favor do adquirente para concretizar os princípios da proteção do terceiro de boa-fé, da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso de direito. Um dentre esses acórdãos invoca o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no REsp 287.774-DF, o qual, pela análise histórica da matéria no STJ, não entendia que a legislação do SFH era determinante para julgamento em favor dos adquirentes de unidades autônomas. Um apenas dos acórdãos invocou também a Lei 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família.

Assim, nesses seis acórdãos se percebe uma preocupação social do STJ, bem como uma preocupação de interpretar a legislação especial em conformi-

dade com princípios gerais que regulam o Direito Privado. E há ainda cinco acórdãos mencionados pelo próprio relator do REsp 2.130.141-RS, em que a legislação do SFH não foi absolutamente mencionada. Assim, a conclusão de que a *ratio decidendi* dos acórdãos que justificaram a edição da súmula 308 consiste na legislação especial do SFH não se confirmou com a leitura dos julgados.

4. DA EXISTÊNCIA OU NÃO DE SIMILARIDADE:

As decisões acima mencionadas e que deram origem à Súmula 308 do STJ são anteriores às modificações empreendidas no CPC de 1973, no ano de 2006, e ao novo regime do CPC de 2015.

Não havia na época preocupação com a fixação de uma divisão precisa entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Se mesmo hoje essa distinção não é tão precisa e carece de interpretação do precedente para extrair seu adequado alcance e sentido por meio de sua reconstrução interpretativa, as decisões antes mencionadas com maior razão demandam um esforço interpretativo, em uma época em que os precedentes tinham natureza apenas persuasiva¹.

Precedentes, nas lições de Daniel Mitidiero, “são razões necessárias e suficientes para solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico, obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema”. Trata-se da essência do raciocínio jurídico que é usado para decidir um caso concreto e que pode ser utilizado para decidir casos parecidos².

O precedente constitui o que se denomina *ratio decidendi* da decisão judicial de uma Corte Suprema, na dicção de Mitidiero³. Uma Corte pode, por

1 MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2016. Capítulo II. Discussão sobre a oportunidade de respeitar precedentes.

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Precedentes, Recurso Especial e Recurso Extraordinário**. Revista dos Tribunais. Ed. 2023. Rb-3.12.

3 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes. Da persuasão à vinculação**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2017, 2ª ed., pág. 89-90.

exemplo, ao julgar um caso, invocar razões ajustadas apenas à necessidade dos litigantes ou aproveitar a oportunidade para resolver de uma forma mais ampla a questão colocada em juízo, razões essas que formariam o precedente. Por esse motivo a definição de precedente é mais ampla do que a de decisão, em que uma Corte decide o caso posto em Juízo⁴.

As razões que sustentam o precedente devem ser juridicamente protegidas, necessárias e suficientes, assim entendidas as que são dotadas de autoridade, sem as quais é impossível chegar a conclusão alcançada pela Corte para solucionar a questão e indispensáveis para se obter a resolução da questão analisada⁵. A *ratio* não se confunde com uma parte específica da sentença, constituindo algo externo aos seus elementos, extraído a partir da análise conjunta de todos os elementos do ato decisório (relatório, fundamentação e dispositivo)⁶. A identificação da *ratio decidendi* requer análise de dois pontos, a identificação dos fatos do caso e das razões jurídicas que embasam a conclusão e que anunciam a regra que dá solução a ele⁷.

A aplicação de um precedente por um magistrado requer interpretação de modo a distinguir as passagens contidas na fundamentação e que são laterais, não integrantes do seu conteúdo. Trata-se dos *obiter dicta*, assim consideradas “as afirmações sobre questões não jurídicas, laterais ou muito amplas, não submetidas a prévio e detido debate, cuidadosa consideração ou fundamentada decisão unânime ou por maioria⁸”.

4 MITIDIERO, Daniel. **Obiter Dictum**. São Paulo. Thompson Reuters. 2024. RB-1.11). “... a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso” (MARINONI, Luis Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 47, jan/mar. 2013, Págs. 189-190).

5 MITIDIERO, Daniel. **Ratio Decidendi**. São Paulo. Thompson Reuters, 2025, 2ª ed., RB 1.14.

6 MARINONI, Luis Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de CPC: A *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 47, jan/mar. 2013, pág. 185.

7 MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2016. Capítulo III. Da compreensão e da utilização dos precedentes.

8 MITIDIERO, Daniel. **Obiter Dicitum**. Página XI.

A *ratio decidendi* há de ser baseada nos fatos do caso submetido a julgamento, e não em fatos hipotéticos, assim consideradas as conjecturas sobre o resultado da decisão se os fatos fossem diversos⁹.

Luís Guilherme Marinoni entende que em um sistema de precedentes cuja função é a cristalização de questões jurídicas, e não necessariamente a solução de um determinado caso, é admissível a existência de mais de uma *ratio decidendi* em uma mesma decisão. De acordo com o professor paranaense, a dificuldade do sistema *common law* em admitir várias *rationes decidendi* tem a ver com a idéia de que o precedente, nesse sistema, “reflete a solução do caso e não das questões nele envolvidas¹⁰”.

A partir desses comentários doutrinários, duas questões se apresentam de imediato: 1) é possível identificar a *ratio decidendi* nos acórdãos que deram origem à Súmula 308, do STJ? 2) há razões que justifiquem a aplicação da Súmula 308, do STJ, para os casos de alienação fiduciária em garantia?

O problema de definir qual a *ratio decidendi* dos acórdãos que deram ensejo a criação da Súmula 308 do STJ requer interpretação dos acórdãos e, conseqüentemente, conduz a diferentes níveis de abstração acerca da sua abrangência¹¹.

Os Ministros cujo voto resultou no acórdão do REsp 2.130.141-RS citam lições de Teresa Arruda Alvim Wambier sobre *ratio decidendi*, cujo o entendimento é de que, sempre estaria ligada ao contexto fático analisado pelo tribunal, constituindo regra jurídica que sempre se relaciona aos fatos essenciais do processo no qual foi formado o precedente, sem poder ser abstraída de seu contexto. A partir dessa definição, o relator aduz que a razão subjacente extraída dos acórdãos seria: “*no contexto do crédito fornecido pelo Sistema Financeiro da Habitação, a hipoteca estabelecida entre a incorporadora e a instituição financeira não teria eficácia em relação aos compradores do imóvel.*”

9 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Ob. Cit.** pág. RB-2.8.

10 MARINONI, Luis Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2016. Capítulo III. Da compreensão e da utilização dos precedentes.

11 Frederick Schauer. **Thinking Like a Lawyer** (Locais do Kindle 752-754). Edição do Kindle.

Foi realizada pela maioria da Quarta Turma do STJ uma seleção dos fatos e do raciocínio da tradição da jurisprudência do STJ para concluir o que seria a *ratio decidendi* dos julgados que deram ensejo à Súmula 308, do respectivo Tribunal. Entretanto, importante dizer, “fatos não falam por si”, de modo que “quem os qualifica como relevantes (e, portanto, capaz de gerar consequências jurídicas) é o juiz¹²”. Isso significa que a definição do que é a *ratio* requer uma atividade de interpretação.

Ao realizar a seleção do que considera a *ratio decidendi*, o voto vencedor no REsp 2.130.141-RS estabeleceu um grau de abstração muito restrito. Entretanto, a situação em análise merece abordagem a partir de outro ponto de vista, considerando incerteza sobre a *ratio decidendi*, qual seja, da analogia, que importa em relações de similaridade, e relações de similaridade dependem do contexto de objetivos e valores salvaguardados pelo Direito, e do sentido que vem de fora do Direito¹³.

A análise dos votos dos relatores dos julgados que deram origem à Súmula 308 do STJ, e a transcrição dos votos de julgados pela grande maioria deles permite concluir que o contexto sobre o qual se depararam foi mais amplo. Como mencionado acima, ao decidir um caso uma Corte Suprema pode aproveitar a situação para resolver de uma forma mais ampla a questão posta em Juízo, não se limitando ao que seriam, quanto a matéria jurídica, as razões ajustadas apenas para resolver à necessidade dos litigantes.

Os julgados superaram o contexto do financiamento obtido no contexto do Sistema Financeiro da Habitação, e passaram a apreciar a situação a partir de princípios do Direito Privado que, necessariamente, conduziriam a essa conclusão, mesmo que a legislação específica não contivesse uma regulamentação que protegesse o adquirente. Eles unificaram a necessidade de levantamento do gravame na proteção da boa-fé objetiva, da boa-fé de terceiros, na natureza das coisas e na vedação ao abuso de direito.

Fazendo uma comparação entre a alienação fiduciária em garantia e a garantia hipotecária constata-se que existe uma propriedade comum aos dois tipos

12 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Ob. Cit.** pág. RB-2.8.

13 Frederick Schauer. **Thinking Like a Lawyer** (Locais do Kindle 681-683). Edição do Kindle.

de eventos: em ambas o adquirente espera que após a quitação da sua dívida terá cumprido as condições para aquisição da propriedade livre de qualquer gravame. Nos dois casos ele não espera ter que pagar a dívida da construtora. Nas duas situações o devedor tem a expectativa que o dinheiro que entrega para a construtora está sendo destinado a pagar a instituição financeira, e espera que a instituição financeira irá adverti-lo da inadimplência da construtora para que os pagamentos sejam feitos diretamente ao banco, tudo isso para diminuir seu prejuízo. A *ratio* nas duas situações é proteger a confiança do adquirente, e evitar injustiça flagrante de o devedor ter que pagar uma dívida que não é sua para que o programa contratual seja cumprido devidamente.

É possível, portanto, elaborar um juízo de analogia, em que se identificaram propriedades relevantes que merecem mesmo tratamento jurídico para atender uma mesma razão jurídica disposta em uma norma geral capaz de abranger as duas situações¹⁴. A propriedade semelhante dos eventos é relevante, e por essa razão a eles deve se aplicar a mesma *ratio*¹⁵.

Assim, parece que o ponto de congruência entre os casos que deram ensejo a súmula 308 do STJ e o caso que foi julgado no REsp 2.130.141-RS consistiria no seguinte: *no contexto de financiamentos imobiliários, o gravame que incide sobre o imóvel do consumidor adquirente em favor de instituição financeira não tem eficácia contra ele em caso de quitação da dívida própria, em observância à boa-fé objetiva, à proteção do terceiro de boa-fé, à vedação ao abuso de direito e à natureza das coisas*.

A contratação de acordo com os preceitos da Lei 4.864/65 é um sub-caso, uma sub-questão que se enquadra em uma questão mais ampla, concernente aos financiamentos imobiliários, admitindo, por essa razão, o raciocínio por analogia¹⁶.

14 TOULMIN, Stephen, RIEKE, Richard, JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. Macmillan Publishing Co., inc., 1984, pág. 216; MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo, Martins Fontes, 2009, pág. 241; MITIDIERO, Daniel. **Ratio Decidendi**. São Paulo. Thompson Reuters Brasil. 2025. RB.1-14.

15 Canale, Damiano; Tuzet, Giovanni. La justificación de la decisión judicial (Derecho y Argumentación n° 16) (Spanish Edition) . Palestra Editores. Edição do Kindle, posição 3326-3370).

16 Duarte D'Almeida, L & Michelon, C 2017, 'The structure of arguments by analogy in Law', *Argumentation*, vol. 31, no. 2, pp. 359-393. <https://doi.org/10.1007/s10503-016-9409-3>. "Es mediante la *ratio legis* que se valora la

O propósito de salvaguarda consiste em proteger a boa-fé de terceiros, notadamente daqueles que têm uma posição de vulnerabilidade no mercado e que quitaram integralmente a dívida própria, tudo isso visando que o formalismo legal não resulte em uma injustiça flagrante.

Os acórdãos fazem alusão à Lei do Sistema Financeiro da Habitação, mas também fazem alusão aos princípios gerais de Direito Privado que seriam necessários para a compreensão do regime, e suficientes para a solução do problema. Na realidade, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do acórdão do REsp 187940/90, cujos argumentos são invariavelmente invocados nos demais acórdãos que julgam a matéria, expressamente consignou que o direito real de hipoteca não teria efeitos ao adquirente, ainda que a legislação do SFH dispusesse de modo diverso. Ao contrário do que entendeu a Quarta Turma do STJ, ao julgar o REsp 2.130.141-RS, o que justificou o entendimento não foi a legislação especial, mas os princípios subjacentes do direito privado e a natureza das coisas.

O voto vencedor, a partir da identificação do que considerou a *ratio decidendi*, fez um argumento *a contrário* na versão forte, que consiste em realizar uma interpretação que não atribui à disposição um significado mais amplo que o literal. O problema desse tipo de argumento é cometer a falácia da negação do antecedente, que consiste em uma falácia formal decorrente de inferir algo que não se segue dedutivamente das premissas, ou seja, nega-se o antecedente do condicional e infere-se a partir disso a negação do consequente, o que é incorreto, visto que o consequente pode seguir de outras combinações de elementos¹⁷. Seria o caso de entender, a partir do que se identificou como *ratio decidendi*, que a solução dada pela Súmula 308 do STJ não pode ser aplicada para questões diversas da garantia hipotecária no SFH a partir da identificação de que a súmula foi estabelecida para decidir esses casos, embora não haja nenhum indicativo de que ela tenha sido criada para regular apenas esses casos.

relevancia de las similitudes y la irrelevancia de las diferencias” (Canale, Damiano; Tuzet, Giovanni. La justificación de la decisión judicial (Derecho y Argumentación nº 16) (Spanish Edition) . Palestra Editores. Edição do Kindle, posição 3333).

17 Canale, Damiano; Tuzet, Giovanni. La justificación de la decisión judicial (Derecho y Argumentación nº 16) (Spanish Edition) . Palestra Editores. Edição do Kindle, posição 1901 e posições 1948-1949.

O outro questionamento é: há razões para aplicar a súmula 308, do STJ, aos casos de financiamentos imobiliários constituídos no regime da Lei 9.514/1997?

A Quarta Turma do STJ, ao julgar o REsp 2.130.141-RS, menciona que não é possível estender as mesmas razões porque a Súmula 308 se aplica unicamente para o contexto de financiamentos obtidos de acordo com a legislação do SFH, e porque existe uma grande diferença entre a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia. Nessa o credor é o proprietário e executa bem próprio, e a Lei 9.514/97 estabelece expressamente que nenhuma alienação pode ser levada a cabo sem a anuência do credor fiduciário, ao contrário do que ocorria no SFH, em que, uma vez realizada a venda do imóvel, a garantia deixava de incidir sobre ele e passava a incidir sobre os direitos de crédito do devedor em relação ao adquirente.

De fato, na alienação fiduciária em garantia, o devedor fiduciante, ao ceder sua posição contratual, transfere o direito a adquirir direito de propriedade, ou, nas palavras de Orlando Gomes, transfere um direito em formação. O direito de propriedade do fiduciante após a celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia está sujeito a condição suspensiva¹⁸.

O princípio da boa-fé objetiva, transformado em cláusula geral no Código Civil, atua em todas as fases da contratação, tanto nas tratativas, quanto na conclusão do contrato e na sua execução, e espalha seus efeitos a qualquer relação de direito privado¹⁹.

O eminente doutrinador Clóvis do Couto e Silva ensinava que o princípio da boa-fé objetiva instigaria o juiz a atender reclamos de justiça do caso concreto, criando o Direito do caso, seja “exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte²⁰”.

18 GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2ª ed., 1971, págs. 140-145.

19 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres*. In: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo. Editora Saraiva, 2009, p. 127.

20 SILVA, Clóvis do Couto e. *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*. In: Estudos de Direito Civil brasileiro e português. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1980. p. 53. O saudoso professor gaúcho falava em princípio porque o artigo foi escrito na vigência do Código Civil de 1916. No mesmo sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Ob. Cit.*, p. 126.

Isso porque a boa-fé objetiva é uma norma de conduta que estabelece, prioritariamente, um dever de não prejudicar, um dever de probidade, de correção, de considerar as expectativas contratualmente criadas no contratante²¹. Dessa definição despontam as três funções da boa-fé objetiva: fonte autônoma de deveres, que independem da vontade, limitação do exercício de direitos subjetivos e interpretação e integração do negócio jurídico, tudo com o propósito maior de concretizar a relação contratual de acordo com dos princípios que regulam o direito privado de maneira subjacente²².

A propósito, vale transcrever trecho de voto da Ministra Nancy Andrighi, ao relatar o REsp 1.837.203/RS, julgado pela Terceira Turma do STJ em 19/11/2019.:

Dessume-se, destarte, que a intenção da Súmula 308/STJ é a de proteger, propriamente, o adquirente de boa-fé que cumpriu o contrato de compra e venda do imóvel e quitou o preço ajustado, até mesmo porque este possui legítima expectativa de que a construtora cumprirá com as suas obrigações perante o financiador, quitando as parcelas do financiamento e, desse modo, tornando livre de ônus o bem negociado.

Ora, se o princípio da boa-fé objetiva obriga as partes a considerarem as expectativas contratualmente criadas, é evidente a expectativa do consumidor de que a construtora cumprirá com as suas obrigações, quitando o financiamento, e que o investidor irá cobrar a dívida do construtor e advertir o consumidor acerca do inadimplemento do construtor, caso ocorra, para que a dívida possa ser paga diretamente a ele.

A propósito, é importante sempre recordar que uma das funções da boa-fé objetiva, na condição de fonte autônoma de deveres, é servir para adaptar a relação jurídico-privada concreta a principiologia do Direito Privado, e às

21 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Ob. Cit.**, p. 129.

22 CORDEIRO, António Menezes de. **Tratado de Direito Civil Português I, tomo I (Parte Geral)**. Coimbra. Almedina. 2ª ed., págs. 228-229. Aduz o eminente professor português que a boa-fé atua como uma regra imposta do exterior e que as pessoas devem observar, e arremata: “Nalguns casos, a boa fé surge como um correctivo de normas susceptíveis de comportar uma aplicação contrária ao sistema; noutros, ela surge como a única norma atendível. Em todos eles, todavia, ela concretiza-se *em regras de actuação*”.

normas constitucionais que devem influenciar sua interpretação. Nas palavras de Antônio Menezes de Cordeiro, é fundamental que essa relação seja regulada pela primazia da materialidade subjacente, ou seja:

“o Direito visa, através dos seus preceitos, a obtenção de certas soluções efectivas; torna-se, assim, insuficiente a adoção de condutas que apenas na forma correspondam aos objectivos jurídicos, descurando-se, na realidade, num plano material. A boa-fé exige que os exercícios jurídicos sejam avaliados em termos materiais de acordo com as efectivas consequências que acarretem”.

Destaque-se que os acórdãos que deram origem à Súmula 308 do STJ também invocam o princípio da proteção da boa-fé de terceiros, que se aplica em qualquer ramo do direito como uma forma de corrigir distorções que podem ocorrer com a aplicação literal de uma norma; a vedação ao abuso de direito mediante exercício de posições subjetivas que, formalmente, parecem amparadas, mas que substancialmente importam em violência aos princípios que caracterizam e dão forma ao direito privado; e a própria natureza das coisas, considerando ser extremamente iníquo que uma pessoa pague a sua dívida e seja obrigada a pagar a dívida de terceiro para ter acesso ao bem da vida objeto de um contrato cujo fim último é a transmissão da propriedade.

O direito privado, apesar de tratar majoritariamente de interesses particulares, não deve ser egoístico. O direito privado, como qualquer ramo do direito, é permeado por diretrizes constitucionais. É sempre importante lembrar lições de valorosos juristas da época da entrada em vigor do Código Civil de 2002, mas que são ainda atuais. É o caso da professora Judith Martins Costa, no sentido de que os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da Constituição), e de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput, da Constituição), impõem ao legislador o dever de plasmar o mercado regulado pelo direito privado em consonância com esses objetivos. Um dos instrumentos para que a solidariedade perpassasse o direito privado é a construção de cláusulas gerais, como a da boa-fé objetiva. Na medida em que a boa-fé cria deveres de cooperação e de lealdade, densifica e especifica no campo

privatístico a diretriz constitucional da solidariedade social²³.

Seguindo esse caminho, certamente não concretiza os ditames constitucionais uma interpretação que não corrige as distorções da aplicação formal das regras privatísticas, com desconsideração das cláusulas gerais e princípios gerais de direito privado que existem para que todas as relações concretas sejam reguladas e influenciadas por um sentido de justiça. Pode ser que haja diversas soluções para um determinado caso concreto envolvendo alienação fiduciária em garantia que concretize esses desígnios, mas nenhuma delas certamente importa em obrigar o devedor fiduciante a pagar sua dívida duas vezes por desídia da construtora e da instituição financeira.

5. DA ANÁLISE ECONÔMICA EMPREENDIDA

O tópico dos deletérios efeitos econômicos empreendida no acórdão do REsp 2.130.141-RS estão desprovidos de evidências. Trata-se de inferências genéricas sobre custos dos empreendimentos imobiliários caso a Súmula 308 do STJ seja estendida para a alienação fiduciária em garantia.

Entretanto, quanto ficaria mais caro? Por que razão ficaria mais caro, se o adquirente está quitando integralmente o valor da alienação? Por que o negócio jurídico fica menos seguro? Não poderia ser feito um raciocínio inverso? Não ficariam os consumidores com maior desconfiança e, nesse sentido, contrariariam menos? Isso não traria prejuízo às instituições financeiras e construtoras por haver menos vendas? Não haveria encarecimento do negócio para os consumidores, na medida que seriam obrigados a contratar profissionais especializados para averiguar a segurança da negociação?

Na realidade, a única conclusão segura é que a instituição financeira fica em uma cômoda posição de ser negligente no resgate de seu crédito, pois se fosse cautelosa iria notificar os adquirentes para depositar o valor diretamente a ela, considerando que se trata de credor.

A súmula 308 do STJ obriga a instituição financeira a ser diligente em dois momentos: a) na concessão do crédito a empresas que exploram o co-

23 COSTA, Judith Martins. **Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo**. In: A reconstrução do direito privado: Org.: COSTA, Judith Martins. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002, págs. 618-634.

mércio imobiliário; b) na cobrança do seu crédito, o que significa que deveria perceber de imediato o inadimplemento para logo comunicar os adquirentes que deveriam pagar diretamente para ela, a instituição financeira, e não para a empresa responsável pelo empreendimento imobiliário.

6. DA MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PRIVATÍSTICA QUE FAVORECE A INTERPRETAÇÃO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 308 DO STJ POR ANALOGIA PARA OS CASOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

O CC de 2002 trouxe em seu bojo cláusulas gerais que servem de orientação na interpretação de negócios jurídicos e da legislação privatista.

No art. 421 é estabelecido que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. A função social “trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor), quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas...”²⁴. Isso significa que os contratos podem produzir efeitos em relação a terceiros diversos daqueles que originalmente contrataram. Ainda o eminente professor paulista ensina ser necessário harmonizar a liberdade individual com a solidariedade social, por meio dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

No art. 422 do CC consta a previsão de que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Trata-se da boa-fé objetiva que, como visto anteriormente, impõe deveres aos intervenientes de um contrato de conduzir-se de maneira leal e honesta, deveres esses que não se resumem aos previstos explicitamente nas cláusulas negociais, mas também deveres anexos, como o de informar, o de proteção e de atuação de modo a que o programa obrigacional se desenvolva em direção ao adimplemento em conformidade com a função própria da espécie contratual.

24 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e Pareceres de Direito Civil*. p. 141

O art. 54-F, do CDC, introduzido pela Lei 14.181, de 2021, considera coligados, conexos ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento quando o fornecedor de crédito recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito, ou oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado.

O que se percebe é que nesse tipo de contratação uma empresa planeja um empreendimento imobiliário, toma emprestado capital junto a uma instituição financeira com o objetivo declarado ao credor de construir condomínios para revenda dos imóveis que serão dados em garantia. Algumas vezes no próprio contrato entre a construtora e o consumidor consta que esse fica obrigado a pagar as parcelas até que seja firmado financiamento com a mesma instituição financeira que emprestou dinheiro ao construtor, o que significa que a instituição está utilizando o serviço do fornecedor de produto para também fornecer crédito. Mesmo quando não consta cláusula semelhante, o contrato de financiamento muitas vezes é firmado em agência da própria instituição financeira onde a construtora tomou emprestado o dinheiro com orientação e auxílio de preposto dessa.

Nessas circunstâncias, os contratos são interdependentes, coligados ou conexos, sendo extremamente iníquo, contrário à boa-fé objetiva e à função social do contrato, interpretar a legislação no sentido de que o consumidor deverá pagar a dívida da construtora, além da sua própria, se não quiser perder o imóvel que adquiriu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que não é possível localizar uma *ratio decidendi* nos acórdãos que deram ensejo à Súmula 308 do STJ, pois, na época em que prolatados, os precedentes tinham natureza persuasiva, e não vinculativa.

O que se pode realizar é uma interpretação da evolução jurisprudencial e conformá-la com as modificações legislativas realizadas. Atualmente é raro

um empreendimento de incorporação imobiliária que concretize as garantias do investidor por meio de hipoteca.

Após a entrada em vigor da Lei 9.514/97 o instrumento da alienação fiduciária em garantia se vulgarizou. Entender que a Súmula 308 do STJ não se aplica a esse tipo de negociação é o mesmo que conduzi-la ao desuso.

Entretanto, a interpretação jurisprudencial que conduziu a formação desse verbete está alicerçada nos princípios mais basilares do direito privado, por meio dos quais a diretriz de solidariedade social e de tratamento digno permeia a legislação privatística, autorizando que os magistrados façam correções das distorções que a interpretação literal pode conduzir.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, ao julgar o Resp 1.837.203/RS, julgado pela Terceira Turma do STJ em 19/11/2019, *“da análise dos julgados que motivaram a elaboração do preceito, extrai-se um escopo de controle da abusividade das garantias constituídas na incorporação imobiliária, de forma a proteger o consumidor de pactuação que acabava por transferir os riscos do negócio a ele, impingindo-lhe desvantagem exagerada”*.

Por essa razão, a diferença de estrutura legal entre a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia é irrelevante, pois o que importa é evitar é que o Direito seja utilizado para assegurar uma injustiça diante de diversas normas cujo sentido é dar-lhe concretude axiológica que evite esse resultado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. **La justificación de la decisión judicial** (Derecho y Argumentación nº 16) (Spanish Edition) . Palestra Editores. Edição do Kindle

CORDEIRO, António Menezes de. **Tratado de Direito Civil Português I, tomo I (Parte Geral)**. Coimbra. Almedina. 2ª ed.

COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: COSTA, Judith Martins (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Duarte D’Almeida, L & Michelon, C 2017, ‘The structure of arguments by analogy in Law’, **Argumentation**, vol. 31, no. 2, pp. 359-393. <https://doi.org/10.1007/s10503-016-9409-3>

GOMES, Orlando. **Alienação Fiduciária em Garantia**. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2ª ed., 1971.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo. Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luis Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: *A ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 47, jan/mar. 2013, pág. 185.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016

_____. **Ratio Decidendi**. São Paulo. Thompson Reuters Brasil. 2025.

MITIDIERO, Daniel. **Obiter Dictum**. São Paulo. Thompson Reuters. 2024.

SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: **Estudos de Direito Civil brasileiro e português**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1980.

SCHAUER, Frederick. **Thinking Like a Lawyer** (Locais do Kindle 681-683). Edição do Kindle

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. Macmillan Publishing Co., inc., 1984.



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco



@jfpe_oficial

www.jfpe.jus.br