

TJRJ

REVISTA DE **DIREITO**

N. 128 | 2026

DOCTRINA

SEÇÃO TEMÁTICA
TUTELA DA EVIDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA DO STJ

JURISPRUDÊNCIA DO TJRJ

ENUNCIADOS DO CEDES



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DE **DIREITO**

DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

N. 128 | FEV.-AGO. | 2026



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EDIÇÃO E GRÁFICA

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Desembargador

Elton Martinez Carvalho Leme

PRESIDENTE DA COMISSÃO

DE GESTÃO DO CONHECIMENTO | CGCON

EDITOR DA ÁREA DE DOUTRINA

Desembargador

Eduardo Antônio Klausner

EDITOR DA ÁREA DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargador

Marcos Alcino de Azevedo Torres

R454 Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro / Tribunal de
Justiça do Estado do Rio de Janeiro – v. 1 (1985). Rio de Janeiro: TJERJ, 1985–

Semestral

Edições de 1962-1975 têm o título: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado
da Guanabara; edições de 1975-1984 têm o título: Revista de Jurisprudência do Tribunal de
Justiça do Estado do Rio de Janeiro; edições de 1985– têm o título: Revista de Direito do
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Vol. 1, N. 1 (Mar. 1962) – v. 21/33 (1975); N. 1 4, n. 34 (1975) – v. 23. n. 50 (1984); v.1 (1985) –

ISSN 1982-663X

e-ISSN XXXX-XXXX

Título da capa: TJRJ Revista de Direito

1. Direito – Periódico. 2. Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Justiça.

CDU 34(815.3)

REVISTA DE **DIREITO**

DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

N. 128 | FEV.-AGO. | 2026



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE

Desembargador

Ricardo Couto de Castro

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador

Cláudio Brandão de Oliveira

1ª VICE-PRESIDENTE

Desembargadora

Suely Lopes Magalhães

2ª VICE-PRESIDENTE

Desembargadora

Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes

3ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador

Heleno Ribeiro Pereira Nunes

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Desembargador

Elton Martinez Carvalho Leme

PRESIDENTE DA COMISSÃO

DE GESTÃO DO CONHECIMENTO | CGCON

EDITOR DA ÁREA DE DOCTRINA

Desembargador

Eduardo Antônio Klausner

EDITOR DA ÁREA DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargador

Marcos Alcino de Azevedo Torres

CONSELHO EDITORIAL

Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | STJ

Desembargador

Marco Aurélio Bezerra de Melo

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Desembargador

Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Desembargador

Guilherme Braga Peña de Moraes

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Desembargadora
Patrícia Ribeiro Serra Vieira
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Desembargadora
Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Desembargadora
Flávia Romano de Rezende
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Juiz de Direito
Anderson de Paiva Gabriel
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | TJRJ

Procurador do Estado
Maurício Jorge Pereira da Mota
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO | PGE-RJ

Defensor Público
Cleber Francisco Alves
DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | DPRJ

Promotor de Justiça
José Marinho Paulo Junior
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO | MP-RJ

Professor Doutor
Gustavo Sampaio Telles Ferreira
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE | UFF

Professora Doutora
Vânia Siciliano Aieta
UNIVERSIDADE DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO | UERJ

Professor Doutor
Flávio Mirza Maduro
UNIVERSIDADE DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO | UERJ

Juíza Auxiliar da Presidência | SGCON

Juíza de Direito
Paula Feteira Soares

EQUIPE ADMINISTRATIVA

SECRETARIA-GERAL
DE GESTÃO DO CONHECIMENTO | SGCON
Mariana Figueiredo Corrêa | Secretária-Geral

ASSESSORIA DE INTEGRAÇÃO
DO CONHECIMENTO | ASINC
Ana Cristina Erthal Leonardo | Assessora
Mônica Tayah Goldemberg | Assessora
Mario Nicoll Simões | Assessor
Isabelle da Costa Xavier

DEPARTAMENTO DE GESTÃO DO CONHECIMENTO
INSTITUCIONAL | DECCO
Marcus Vinicius Domingues Gomes | Diretor
DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO
DE ACERVOS DE CONHECIMENTO | DICAC
João Carlos Santos Cruz | Diretor

REVISÃO

SERVIÇO DE PESQUISA, ANÁLISE E PUBLICAÇÃO
DA JURISPRUDÊNCIA | SEPEJ
Ricardo Vieira de Lima | Chefe de Serviço
Leticia Côrtes

PROJETO GRÁFICO

DEPARTAMENTO
DE DIFUSÃO DO CONHECIMENTO | DEDIF
Aline Müller | Diretora
DIVISÃO DE DESIGN | DIDEG
Georgia Kitsos | Diretora
Fernando Villela | Designer Gráfico

PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

DIVISÃO DE PRODUÇÃO GRÁFICA | DIGRA
Eduardo Brandão Carpi | Diretor

Sumário

Apresentação

Desembargador Ricardo Couto de Castro Presidente do TJRJ	15

Doutrina

Direito Público	17

Poderes do juiz, eficiência e Análise Econômica do Direito: um estudo de caso da ADI 5.941/DF

Luiz Fux	19

Proteção ambiental e direito à moradia e a serviços públicos em Área de Preservação Permanente

Elton M. C. Leme	39

Os direitos humanos dos povos indígenas da Volta Grande do Xingu afetados pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte

Eduardo Antônio Klausner e Paulo Victor Pinheiro Alves Habib	93

A democracia militante no mundo contemporâneo: fundamentos, limites e o caso brasileiro

André Gustavo Corrêa de Andrade	121

Tendências do controle de constitucionalidade no Brasil

Guilherme Peña de Moraes	155

Os litígios estruturais nas portas do sistema de Justiça

Michelle Bruno Ribeiro	185

Teeming millions: o significado de popular government em <i>A Glimpse of America</i> de Bram Stoker	205
Guilherme Alfradique Klausner	

Precedentes judiciais no Brasil: uma crítica hermenêutica à promessa de segurança jurídica	237
Marcelo Pinto Chaves e Keila Oliveira Kremer	

Direito Privado	255

20 anos da Lei 11.101/2005 e suas alterações na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	257
Ricardo Villas Bôas Cueva e Érica Ramos Venosa Mazzola	

Reflexões acerca da posse como direito subjetivo real na era hipermoderna e seus consectários	269
Sérvio Túlio Santos Vieira	

Responsabilidade civil objetiva da atividade empresarial: notas críticas ao art. 931 do Código Civil brasileiro	331
João Quinelato	

Direito Penal	357

O agente público responsável pela preservação dos locais e vestígios de crime: a necessidade de interpretação restritiva do § 2º do artigo 158-A do CPP	359
Gabriel Ferreira e Rodrigo Garrido	

Seção Temática

A Tutela da evidência na jurisprudência do TJRJ: uma apresentação 379

Alexandre Freitas Câmara 381

Jurisprudência 383

Jurisprudência do STJ 397

Direito Público 401

Corte Especial - Tema Repetitivo 1306 403

Primeira Seção - Tema Repetitivo 1273 407

Primeira Seção - Tema Repetitivo 1350 409

Direito Privado 411

Corte Especial - Tema Repetitivo 1368 413

Segunda Seção - Tema Repetitivo 1279 415

Segunda Seção - Tema Repetitivo 1173 417

Direito Penal 421

Terceira Seção - Tema Repetitivo 1194 423

Terceira Seção - Tema Repetitivo 1236 426

Terceira Seção - Tema Repetitivo 1377 429

Jurisprudência do TJRJ

Órgão Especial	435
Direito Público	443
Direito Privado	449
Direito Penal	461

Súmulas, Conflitos de Competência e Precedentes do TJRJ

475

Súmula da Jurisprudência Predominante do TJRJ	477

Decisões em Conflitos de Competência de aplicação obrigatória	477

Precedentes do TJRJ

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR	477
Incidentes de Assunção de Competência IAC	477

Enunciados aprovados pelo Centro de Estudos e Debates | CEDES

479

1.º Encontro do CEDES 5 a 8 de junho de 2025	481
2.º Encontro do CEDES 17 a 20 de novembro de 2025	490

Publicações da Gestão do Conhecimento

499

Índice de Acórdãos por Assunto

505

Apresentação

Com grande satisfação, apresentamos a edição de relançamento da *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, em seu volume 128, n. 1, renovada em propósito, conteúdo e alcance, reafirmando seu compromisso com o conhecimento jurídico.

Nesta nova fase, a *Revista* reúne artigos jurídicos assinados por autores com reconhecida experiência acadêmica, abrangendo temas contemporâneos. O objetivo é promover a reflexão voltada ao aprimoramento da atuação jurídica.

A publicação conta ainda com uma “Seção Temática”, cujo conteúdo desta edição trata da “Tutela da Evidência”, acompanhado de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pertinentes à matéria. A *Revista* contempla também Seções de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do TJRJ, com seleção de temas submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, bem como de decisões recentes e relevantes desta Corte.

O presente volume inaugura a Seção “Precedentes do TJRJ”, estruturada para apresentar os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e Incidentes de Assunção de Competência (IAC), por meio de QR Code, possibilitando o acesso imediato e em tempo real às páginas oficiais do site do TJRJ. Encontram-se disponíveis na *Revista de Direito* a “Súmula da Jurisprudência Predominante do TJRJ”, acórdãos do Órgão Especial, de observância obrigatória, sobre “Conflitos de Competência”, bem como os enunciados aprovados em 2025 pelo Centro de Estudos e Debates (CEDES) deste Tribunal. Por fim, foi inserida uma seção concebida para divulgação de conhecimento jurídico estruturado, com conteúdo organizado de modo a permitir uma rápida compreensão de temas relevantes, com destaque para os “Julgados em Pauta”, “Boletim do Conhecimento” e “Ementários Temáticos”.

Desejamos que esta nova edição marque a reabertura de um espaço permanente de estudo, reflexão e referência para magistrados, advogados, membros do Ministério Público, pesquisadores e estudantes de Direito.

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Doutrina
Direito Público

Poderes do juiz, eficiência e Análise Econômica do Direito: um estudo de caso da ADI 5.941/DF¹

Judicial powers, efficiency, and Economic Analysis of Law:
a case study of DAU 5.941/DF

LUIZ FUX² 

Resumo

O artigo examina os poderes do juiz no processo civil brasileiro, à luz dos princípios da eficiência e da Análise Econômica do Direito, tomando como estudo de caso o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.941/DF, pelo Supremo Tribunal Federal. Parte-se de uma reflexão introdutória sobre a centralidade da função jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais e sobre a reformulação do papel do magistrado, promovida pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que concerne à efetividade e à razoável duração

1 Publicado originalmente em: ZANIN, Cristiano et al. (org.). *10 Anos do CPC - Lei n.º 13.105, de 16/03/2015: em homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim Netto*. Leme: Editora Mizuno, 2025. O presente estudo representa tema de perene reflexão sobre a novel conformação dada aos poderes do juiz, pelo CPC/2015, à luz da Análise Econômica do Direito.

2 Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e livre-docente em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Membro da Academia Brasileira de Filosofia (ABF).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1996-7572>

do processo. O objetivo central consiste em analisar os fundamentos teóricos e práticos que sustentam a constitucionalidade das medidas executivas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC, confrontando-as com as garantias do devido processo legal. No desenvolvimento, o texto articula bases dogmáticas do acesso à justiça com aportes da Análise Econômica do Direito, explorando conceitos como eficiência, incentivos, escolha racional e teoria dos jogos, a fim de demonstrar como a efetividade da execução influencia o comportamento das partes e a redução da litigiosidade. Conclui-se que a decisão do STF reafirma uma concepção de discricionariedade judicial orientada por critérios de proporcionalidade, fundamentação e controle, afastando a ideia de arbitrariedade e consolidando um modelo processual comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança do sistema jurídico.

Palavras-chave: reformulação da função jurisdicional; concretização dos direitos fundamentais; efetividade processual; medidas executivas atípicas; garantias do devido processo legal.

Abstract

The article examines the powers of judges in Brazilian civil procedure in light of the principles of efficiency and the Economic Analysis of Law, taking as a case study the judgment of Direct Action of Unconstitutionality (DAU) n.º 5.941/Distrito Federal by the Brazilian Supreme Federal Court. It opens with a reflection on the centrality of the judicial function in the realization of fundamental rights and on the redefinition of the judge's role introduced by the 2015 Code of Civil Procedure, particularly with regard to the effectiveness and reasonable duration of proceedings. The main objective is to analyze the theoretical and practical grounds underlying the constitutionality of atypical enforcement measures provided for in Article 139, IV, of the Code of Civil Procedure, in dialogue with due process guarantees. In developing this analysis, the article articulates doctrinal foundations of access to justice with contributions from the Economic Analysis of Law, exploring concepts such as efficiency, incentives, rational choice, and game theory to demonstrate how the effectiveness of enforcement shapes litigants' behavior and contributes to reducing litigation. It concludes that the Supreme Federal Court's decision

affirms a model of judicial discretion guided by proportionality, reasoned decision-making, and procedural safeguards, rejecting arbitrariness and consolidating a procedural framework committed to effective judicial protection and systemic legal certainty.

Keywords: reconfiguration of the judicial function; concretization of fundamental rights; procedural effectiveness; atypical enforcement measures; guarantees of due process of law.

Introdução

É da lavra do insigne Professor Barbosa Moreira o vaticínio de que “uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo” (Moreira, 2003, p. 58).

Destarte, atribui-se ao magistrado — representante do órgão jurisdicional e intérprete último da vontade estatal na resolução de litígios — papel de inquestionável proeminência na tessitura da ordem social, porquanto veiculador da materialização concreta do Direito. É que a sua atuação configura-se vértice essencial na engrenagem da pacificação, promanando do exercício da jurisdição a projeção da supremacia da ordem jurídica sobre a tendência conflituosa inerente à convivência humana.

Desta sorte, os poderes do juiz revestem-se de caráter basilar na estrutura do processo, senão que mecanismo institucionalizado de composição de antagonismos sociais juridicamente relevantes. Conquanto ostentem tais poderes essência invariavelmente dinâmica, moldada pelas transformações históricas dos sistemas jurídicos ao redor do globo e, de forma particular, no Brasil, a processualística preserva a centralidade da função judicante.

Também assim se fez quando da sua disciplina no Código de Processo Civil de 2015, que, em março de 2026, completa 10 anos de vigência — resultando de trabalho de Comissão de Juristas, a qual teve a honra de presidir, que preconizou a adoção de três importantes referenciais teóricos para conformarem a exegese do Código:

1. O *neoconstitucionalismo*: o novo CPC passou a contemplar, pela vez primeira na história, uma parte geral, garantindo a observância das normas fundamentais do processo e dos princípios constitucionais em sua aplicação;

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

2. A incorporação de institutos do *common law*: constatou-se a necessidade de evolução do sistema jurídico brasileiro, antes assentado na justiça e na moral, para abranger institutos próprios dos sistemas anglo-saxônicos, baseados na justiça e na razão – interpenetrando tal utilização de parâmetros objetivos com a finalidade de uniformização na aplicação do Direito;

3. A aplicação da *Análise Econômica do Direito*: era necessário adaptar o sistema processual, à luz do escólio fornecido por esta novel escola do pensamento, que preconiza a utilização de conceitos econômicos, notadamente a *eficiência*, para incrementar as condições de operabilidade do ordenamento jurídico.

Consectariamente, a normação dos poderes do juiz, sob a égide de tais pressupostos, restou assentada no art. 139 do diploma processual, fixando que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe”:

- I - “assegurar às partes igualdade de tratamento”;
- II - “velar pela duração razoável do processo”;
- III - “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”;
- IV - “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”;
- V - “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”;
- VI - “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”;
- VII - “exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais”;
- VIII - “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da

causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”; IX – “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”; X – “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

Nada obstante, um dos dispositivos centrais deste rol, o citado inciso IV, que diz com a atuação do magistrado para assegurar a efetividade do processo já em sua fase de execução, teve sua constitucionalidade arguida perante o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941; ajuizada, também, em face de disposições congêneres no CPC/2015, os arts. 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, *caput* e § 1º; e 773³.

3 “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”.

[...]

“Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.”.

[...]

“Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II – a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.”.

[...]

“Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

O autor, Partido dos Trabalhadores (PT), sustentou, em síntese que

[...] a adoção de técnica de execução indireta para incursão radical na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, quando carente de respaldo constitucional, não merece acolhimento, sob o risco de encerrar restrição desproporcional, na medida em que não se justifica em defesa de nenhum outro direito fundamental, e de atentar contra o devido processo legal, inserto no artigo 5º, LIV, da Constituição.

Requeru, nesses termos, fosse

[...] julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogorárias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogorárias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.”.

[...]

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”.

[...]

“Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.”.

Pelos mesmos fundamentos, requereu, também, a procedência do pedido para que fosse declarada

[...] a nulidade, sem redução de texto, também dos artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos do CPC, de modo a rechaçar, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daqueles dispositivos, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

Figurando na relatoria da ação em comento, apercebemo-nos da importância da *vexata quaestio*, então, em debate, de sorte que apontamos o seu julgamento refletir, em boa medida, a consubstanciação da *ratio essendi* imprimida pelo CPC/2015 na jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

É que a previsão de medidas executivas eficientes para assegurar o resultado oriundo da prestação da tutela jurisdicional, revela, com clarividência, a principiologia que imbuíu a Comissão de Juristas incumbida da elaboração do CPC/2015, procurando atender ao reclamo social de concretização da promessa constitucional da duração razoável dos processos (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição de 1988).

Nestes termos, pretende-se, no presente artigo, com base em revisão bibliográfica e análise documental, realizar um estudo de caso, examinando os contornos teóricos e operacionais discutidos no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5.941/DF.

Na primeira parte, serão elucidadas as bases conceituais que inspiraram os poderes do juiz no Brasil. Posteriormente, o tema será examinado à luz do instrumental da Análise Econômica do Direito, tal como discutido no acórdão ora estudado. O texto é concluído com a exposição das premissas e das teses extraídas do julgamento da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴.

⁴ As linhas que se seguem representam versão adaptada do voto proferido no julgamento ora examinado.

1. Bases conceituais: efetividade e razoável duração do processo como corolários do princípio da inafastabilidade da jurisdição

A efetividade das decisões do Poder Judiciário possui valor constitucional intrínseco, na medida em que é corolário da própria ideia de inafastabilidade da jurisdição.

O constituinte originário, ao elaborar a Carta Constitucional de 1988, ocupou-se da criação de um rol de direitos e garantias fundamentais com verdadeiras *pretensões de eficácia* — na terminologia utilizada por Konrad Hesse (1991). Como declara, de modo categórico, o art. 5º, § 1º, da CRF, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Dentre os *meios* apresentados pela Carta Maior para a concreção do seu programa, assume acentuada relevância a possibilidade de *controle jurisdicional* de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, que demanda, para a sua materialização, o amplo *acesso à justiça*.

Basta uma leitura perfunctória do texto constitucional para constatar que ele, em toda a sua extensão, encampou o entendimento segundo o qual o Estado Democrático de Direito demanda, para a sua plena realização, a disponibilidade de remédios jurídicos aptos a fazer frente a eventuais violações à ordem jurídico-constitucional. Nessa linha, foram alçadas à condição de cláusula pétrea as garantias da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do acesso à justiça (5º, XXXVI), e da proteção da coisa julgada (5º, XXXVI).

Não se trata, naturalmente, de compreensão inédita. A máxima segundo a qual *ubi jus ibi remedium* já ressoava quando do julgamento do paradigmático *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte norte-americana, em que o *Justice Marshall* celebrenemente afirmou que apenas um Estado que dispusesse de instrumentos para a proteção dos direitos do cidadão poderia ser denominado um governo de *leis*, e não de *homens*: “[...] a própria essência da liberdade civil certamente consiste no direito de todo o indivíduo de reivindicar a proteção das leis, sempre que ele sofrer uma lesão. Um dos primeiros deveres do governo é conceder essa proteção⁵.”.

5 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 161, 163 (1803).

A efetividade do processo, no que se inclui a ideia de razoabilidade da sua duração e de cumprimento das ordens nele contidas, é contemplada em uma miríade de documentos no direito comparado.

Fórmulas contendo garantias de devido processo legal e do *right to a speedy trial* estão contidas na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, na Seção 11 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, e no artigo 111 da Constituição italiana. Também o Pacto de San José da Costa Rica (promulgado, no direito pátrio, pelo Decreto n.º 678/1992), em seu artigo 8º, item 1, dispõe 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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Consectariamente, embora o Poder Judiciário não seja o único intérprete da Constituição, nem detenha, idealmente, o protagonismo na materialização dos direitos fundamentais, é cediço que existe uma intensa conexão entre a garantia do acesso à justiça e a tutela dos direitos fundamentais. Como preconizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra seminal, o acesso à justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos” (2008, p. 9).

Não à toa, o Poder Judiciário, na nova ordem constitucional, vem desempenhando relevante papel como vetor de resolução de conflitos e de efetivação de direitos na sociedade brasileira, seja porque a crescente complexização das relações sociais demanda soluções que não foram oferecidas pelos demais Poderes, seja porque a progressiva conscientização da população, quanto aos seus direitos, propiciou a busca pela judicialização (Amstutz; Abegg; Karavas, 2007).

Contudo, se, por um lado, não é exagero afirmar que o Poder Judiciário gozou de período de franca ascensão na ordem

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

constitucional inaugurada em 1988, por outro lado, tampouco é possível ignorar os muitos desafios impostos por essa realidade. Ao enfrentar novas e mais difíceis demandas, fazendo frente às expectativas em si depositadas pelo jurisdicionado, o Poder Judiciário se depara, hoje, com uma quantidade avassaladora de processos em tramitação. Enfrenta, ainda, notórias dificuldades na implementação concreta das suas decisões.

O dilema que se apresenta na atual conjuntura, portanto, é quanto à *efetividade da jurisdição*, máxime porque o acesso à justiça não se esgota com o simples direito de ação. Na clássica fórmula de Chiovenda, *“il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e próprio quello chegli ha diritto di conseguire”* (1993, p. 110).

De nada valeria a prerrogativa teórica de provocar o Poder Judiciário e dele obter uma resposta, se inexistentes os meios de assegurar, tempestivamente, o cumprimento de suas decisões. O professor José Carlos Barbosa Moreira, já em 1982, atentava para este impasse, anotando, em ensaio específico sobre o tema, que (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos, contemplados no ordenamento; (ii) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e (iii) deve-se poder atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias (Moreira, 1982).

Assim sendo, impõe-se reconhecer que, para além dos interesses contrapostos em cada caso (*i.e.*, a busca por uma medida constitutiva, declaratória etc.), *sempre* existirá o interesse na solução e efetivação da ordem exarada pelo órgão julgador. Afinal, a lide de pretensão insatisfeita é doença ainda mais grave do que a lide de pretensão resistida.

Na perspectiva dos sujeitos do processo,

[...] enquanto o processo não é decidido em termos definitivos, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incerteza pernicioso, que as impede de programarem suas atividades,

projetando os efeitos que a derrota ou vitória na lide proporcionaria, algo que nem mesmo pela previsão das tutelas de urgência é solucionado (Cabral, 2013, p. 74).

A demora excessiva no cumprimento de decisões, outrossim, afeta de forma mais intensa justamente os mais hipossuficientes, que se socorrem da jurisdição para obter os bens da vida mais essenciais. Nesse diapasão, Luiz Guilherme Marinoni observa:

[...] se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo desempenha ele idêntico papel, não somente porque, como já dizia Carnelutti, processo é vida, mas também porquanto, tendente o processo a atingir seu fim moral com a máxima presteza, a demora na sua conclusão é sempre detrimental, principalmente às partes mais pobres ou fracas, que constituem a imensa maioria da nossa população, para as quais a demora em receber a restituição de suas pequenas economias pode representar angústias psicológicas e econômicas, problemas familiares e, em não poucas vezes, fome e miséria (1994, p. 66-67).

A sociedade como um todo sofre, igualmente, os efeitos da morosidade e inefetividade das decisões judiciais. Repartem-se entre a coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, já que, nas clássicas lições de Sunstein e Holmes (1999, p. 15), direitos *têm custos*, eis que não podem ser protegidos ou aplicados sem apoio e financiamento público.

Em síntese: a efetiva solução do conflito, com a respectiva satisfação da pretensão do credor, é inerente à ideia de acesso à justiça e aproveita não apenas o vencedor de uma ação específica, mas todo o sistema jurisdicional.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

2. Os poderes do juiz sob o enfoque da Análise Econômica do Direito

O Direito, como mencionado, não pode permanecer ensimesmado e refratário aos *insights* propiciados pelas demais vertentes do conhecimento humano, sob pena de sofrer um descolamento entre suas finalidades teóricas e seus desdobramentos práticos.

A adição do instrumentário econômico ao campo jurídico oferece alternativas ao intérprete que vão além da sua mera *intuição ou senso comum*, quanto aos resultados gerados pela norma: a economia provê uma teoria sobre as respostas da sociedade às alterações no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que oferece um *standard* normativo para a verificação da eficiência da legislação. Nas palavras de Robert Cooter, da Universidade de Berkeley, e Thomas Ulen, Ph.D. em Economia pela Universidade de Stanford:

A economia geralmente fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas respondem às leis. Esta teoria supera a intuição assim como a ciência supera o senso comum. A resposta das pessoas é sempre relevante para fazer, revisar, revogar e interpretar leis. Um famoso ensaio em direito e economia descreve a lei como uma catedral – um edifício grande, antigo, complexo, belo, misterioso e sagrado. A ciência comportamental assemelha-se à argamassa entre as pedras da catedral, que sustentam a estrutura em toda parte. (...) Juízes e outros funcionários precisam de um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A economia fornece um método para eficiência (2016, p. 3-4).

Imperioso, portanto, tomar em conta os aportes da teoria econômica, tanto em sua dimensão *descritiva* quanto *normativa* para aprimorar o ordenamento jurídico, incrementando as potencialidades de eficiência, ao mesmo tempo em que se busca mitigar eventuais efeitos sistêmicos negativos decorrentes da legislação e de sua aplicação (Posner, 1998, p. 2).

A *execução*, como se sabe, vem sendo apresentada, recorrentemente, como um dos elementos determinantes para a morosidade e o congestionamento que assolam os tribunais, representando verdadeiro gargalo na atividade jurisdicional brasileira. Seu aprimoramento passa, necessariamente, pelos princípios da eficiência (art. 37 da CF) e da economicidade (art. 70 da CF), motes centrais da Análise Econômica do Direito (Fux, 2020).

Dados do Conselho Nacional de Justiça dão conta de que, em 2017, o Poder Judiciário contava com um acervo de 80,1 milhões de processos pendentes de baixa,

[...] sendo que mais da metade desses processos (53%) se referia à fase de execução. [...] Os dados mostram que, apesar de ingressar no Poder Judiciário duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo, a execução é 34,6% maior. Na execução, as curvas de processos baixados e novos seguem quase paralelas durante os nove anos da série histórica. Já no conhecimento, as curvas se mantiveram semelhantes até 2014, com um descolamento a partir de 2015. Os casos pendentes na fase de execução apresentam aumentos regulares, numa clara tendência de crescimento do estoque (2018, p. 121).

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que o processo civil não constitui um fim em si mesmo, mas visa à construção de um instrumentário capaz de oferecer soluções *justas, tempestivas e eficientes* para os conflitos e lesões a direitos na sociedade, é importante aprofundar o estudo a respeito dos incentivos que a legislação processual efetivamente gera sobre as partes. Duas contribuições da teoria econômica podem ser especialmente úteis para esse propósito: (i) a teoria da escolha racional e (ii) a teoria dos jogos. Explico.

A ideia de que os agentes possuem preferências que influem nas suas escolhas, de modo que se comportarão como se buscassem atender aos seus próprios interesses da melhor forma possível, está no cerne da teoria econômica moderna. Embora não se possa

falar em uma racionalidade perfeita, seja por limitações internas e inerentes aos agentes, seja por falhas externas (informações incompletas, por exemplo), espera-se de um agente, em regra, a busca intencional dos melhores meios possíveis para atender suas preferências, consideradas as limitações enfrentadas.

Decerto, a excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais é um dos fatores integrantes do processo decisório realizado pelo agente, quando analisa cenários como a potencial propositura de uma ação, a interposição de um recurso, a celebração de um acordo, a resistência a uma execução. Como já tive a oportunidade de afirmar, doutrinariamente,

[um] efeito da excessiva demora dos processos diz respeito a um problema de seleção adversa do sistema judicial: a perspectiva de postergação no cumprimento de obrigações tende a afastar partes com bom direito e atrair sujeitos que se beneficiam com a lentidão (Fux; Bodart, 2019, p. 80). [...] E ainda, mesmo nos casos em que o réu antecipa certo resultado adverso em um novo julgamento, pode optar por ajuizar nova ação apenas como forma de protelar o cumprimento da sentença. A procrastinação pode ser vantajosa para o réu em duas situações. Primeiro, o montante a ser pago naturalmente se deprecia com o tempo. Nessa linha, pode ser que o réu se beneficie com o adiamento, por exemplo, adquirindo a reputação de resistir às pretensões do autor ou simplesmente sinta satisfação pessoal com a aflição do demandante durante o processo (algo bastante comum em causas envolvendo Direito de Família). A depreciação do valor da dívida ou seus benefícios colaterais podem ser um valioso retorno ao investimento em custos de litigância. Em segundo lugar, o réu poderia sistematicamente reabrir o litígio judicial como artifício para exaurir os recursos do adversário. A ameaça de um contencioso em juízo aparentemente infundável poderia forçar um potencial autor a fazer um acordo em condições

desvantajosas. Pode ser, ainda, que os prospectos da litigância sejam tão adversos para o potencial autor a ponto de não existirem incentivos para que o réu apresente qualquer proposta de acordo. Afinal, não haveria uma ameaça crível de ajuizamento da ação judicial para forçar o adversário a negociar um acordo. Esses problemas, registre-se, existiriam mesmo em um sistema processual imune a erros judiciais (Fux; Bodart, 2019, p. 80 e 132).

Tendo-se em conta a possibilidade de que tanto tempo ou tantos recursos sejam dispendidos para a perfectibilização da execução ou do cumprimento de sentença, a ponto de esta ser inefetiva, é perfeitamente possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar as mais variadas medidas protelatórias. Nesse contexto, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) passará a promover incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o *descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário*.

Erik Navarro Wolkart, após citar dados que demonstram empiricamente a ineficiência da execução fiscal na seção judiciária do Rio de Janeiro, destaca que deve existir uma ameaça crível (*credible threat*) para o cumprimento das ordens judiciais, porquanto

[...] se os meios executivos forem eficientes e rigorosos, haverá adimplemento, pelo simples motivo de que as restrições de direitos que o executado terá de suportar durante todo o prazo de prescrição intercorrente retiram-lhe tanta utilidade que ele preferirá adimplir a obrigação (Wolkart, 2019).

Cuidando da questão pela lente da teoria dos jogos, o autor demonstra que a perspectiva de efetividade do cumprimento de sentença, a seu turno, acarreta efeitos positivos na postura dos litigantes durante toda a relação processual:

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

o resultado de uma execução extremamente efetiva (*credible threat*) impacta muito além da própria execução, pois, mais do que aumentar as taxas de adimplemento, evitando a fase de cumprimento de sentença, ela pode influenciar diretamente as possibilidades autocompositivas antes ou no início do processo, diminuindo-se a litigiosidade como um todo e emergindo, soberano, o comportamento cooperativo como regra, com fortes impactos no cenário de tragédia da Justiça brasileira (Wolkark, 2019).

A teoria dos jogos, vale recordar, consiste em ferramenta econômica voltada para a análise das escolhas sequenciais estratégicas de agentes, com base nas suas suposições a respeito das escolhas dos demais envolvidos no jogo (*e.g.*, as partes em um processo, os oponentes em uma partida de xadrez, os participantes em uma licitação).

Nessa perspectiva, a maior efetividade no cumprimento das ordens judiciais não serve tão somente para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas propicia, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases processuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios, e para o adimplemento voluntário dos débitos.

Nada disso, reitera-se, autoriza o julgador a ignorar as garantias fundamentais do cidadão, em prol da adoção de medidas economicamente eficientes, mas constitucionalmente vedadas.

Não se pôde extrair, portanto, da argumentação exposta pelo autor da ação examinada — ou dos precedentes por ele citados — qualquer indicação teórica ou empírica de que os dispositivos impugnados implicariam, de fato, uma exagerada subjetivização da tutela jurisdicional, nem, tampouco, um retrocesso no tratamento legislativo conferido à figura do devedor. Do estudo da legislação pertinente, em sua inteireza, não se percebeu qualquer pretensão de institucionalização das penas corporais ou da vingança privada.

Assim, acolher, naquela hipótese, o pleito de inconstitucionalidade — ainda que sem redução de texto —, equivaleria a desconsiderar

a existência de um conjunto de normas fundamentais e institutos jurídicos positivados no Código de Processo Civil de 2015, que têm exatamente a função de guiar a atividade jurisdicional. Corresponderia, ademais, à limitação, *ex ante*, da discricionariedade do órgão julgador, em nome da proteção absoluta da liberdade do devedor, independentemente dos demais valores jurídicos afetos a cada caso. Entendeu-se, então, que as normas em exame deveriam ser lidas em sintonia com o ordenamento no qual estão inseridas, mormente porque não se pode conceber um sistema jurídico livre de aspirações de coerência interna.

Conclusão

O presente artigo apresentou brevemente os argumentos centrais em torno do julgamento da ADI 5941/DF, com ênfase nas principais justificativas invocadas para defender-se a improcedência dos pedidos, assentando que a discricionariedade judicial não se confunde com a arguida arbitrariedade, de sorte que quaisquer abusos eventualmente perpetrados poderão e deverão ser coibidos, mediante utilização dos meios processuais próprios⁶.

6 Eis a ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §1º E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA AFASTAR, EM QUALQUER HIPÓTESE, A POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES EM SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, APREENSÃO DE PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS OU EM LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. MEDIDAS QUE VISAM A TUTELAR AS GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ABSTRATA E APRIORÍSTICA DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.

1. O acesso à justiça reclama tutela judicial tempestiva, específica e efetiva sob o ângulo da sua realização prática.

2. A morosidade e inefetividade das decisões judiciais são lesivas à toda a sociedade, porquanto, para além dos efeitos diretos sobre as partes do processo, são repartidos pela coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

3. A efetividade e celeridade das decisões judiciais constitui uma das linhas mestras do processo

Assim é que, naquela assentada, concluiu-se que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, com vistas à tomada de medidas para assegurar a efetividade do processo, demandaria: (i) o especial ônus argumentativo do julgador; (ii) o respeito ao devido

civil contemporâneo, como se infere da inclusão, no texto constitucional, da garantia expressa da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004) e da positivação, pelo Novo Código de Processo Civil, do direito das partes “de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*” [grifo nosso].

4. A execução ou satisfação daquilo que devido representa verdadeiro gargalo na prestação jurisdicional brasileira, mercê de os estímulos gerados pela legislação não terem logrado suplantar o cenário prevalente, marcado pela desconformidade geral e pela busca por medidas protelatórias e subterfúgios que permitem ao devedor se evadir de suas obrigações.

5. Os poderes do juiz no processo, por conseguinte, incluem “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (artigo 139, IV), obedecidos o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio NCPC, cuja leitura deve ser contextualizada e razoável à luz do texto legal.

6. A amplitude semântica das cláusulas gerais permite ao intérprete/aplicador maior liberdade na concretização da *fatispecie* o que, evidentemente, não o isenta do dever de motivação e de observar os direitos fundamentais e as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade.

7. A significação de um mandamento normativo é alcançada quando se agrega, à filtragem constitucional, a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional — do contrário, de nada aproveitaria a edição de códigos, microssistemas, leis interpretativas, meta-normas e cláusulas gerais. Essa assertiva assume ainda maior relevância diante do Direito *codificado*: o intérprete não pode permanecer indiferente ao esforço sistematizador inerente à elaboração de um código, mercê de se exigir do Legislador a repetição, *ad nauseam*, de preceitos normativos já explanados em títulos, capítulos e seções anteriores.

8. A correção da proporcionalidade das medidas executivas impostas pelo Poder Judiciário reside no sistema recursal consagrado pelo NCPC.

9. A flexibilização da tipicidade dos meios executivos visa a dar concreção à dimensão dialética do processo, porquanto o dever de buscar efetividade e razoável duração do processo é imputável não apenas ao Estado-juiz, mas, igualmente, às partes.

10. O Poder Judiciário deve gozar de instrumentos de *enforcement* e *accountability* do comportamento esperado das partes, evitando que situações antijurídicas sejam perpetuadas a despeito da existência de ordens judiciais e em razão da violação dos deveres de cooperação e boa-fé das partes, o que não se confunde com a punição a devedores que não detêm meios de adimplir suas obrigações.

processo legal e ao contraditório e à ampla defesa o que não impede, por evidente, a adoção do contraditório diferido quando necessário; e (iii) a apreciação da proporcionalidade, *in concreto*, da medida imposta.

Por todo o exposto, verificou-se que, na legislação impugnada, no bojo da ação ora descrita no presente artigo, foram observados e adequadamente ponderados os valores constitucionalmente

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

11. A variabilidade e dinamicidade dos cenários com os quais as Cortes podem se deparar (e.g., *tutelas ao meio ambiente, à probidade administrativa, à dignidade do credor que demanda prestação essencial à sua subsistência, ao erário e patrimônio públicos*), torna impossível dizer, *a priori*, qual o valor jurídico a ter precedência, de modo que se impõe estabelecer o emprego do raciocínio ponderativo para verificar, no caso concreto, o escopo e a proporcionalidade da medida executiva, *vis-à-vis* a liberdade e autonomia da parte devedora.

12. *In casu*, o argumento da eventual possibilidade teórica de restrição irrazoável da liberdade do cidadão, por meio da aplicação das medidas de *apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública*, é imprestável a sustentar, só por si, a inconstitucionalidade desses meios executivos, máxime porque a sua *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* apenas ficará clara à luz das peculiaridades e provas existentes nos autos.

13. A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, cêlere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o *descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário*.

14. A efetividade no cumprimento das ordens judiciais, destarte, não serve apenas para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas incentiva, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases processuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios.

15. *In casu*, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de toda e qualquer hipótese de aplicação dos meios atípicos indicados na inicial, mercê de este entendimento, levado ao extremo, rechaçar quaisquer espaços de discricionariedade judicial e inviabilizar, inclusive, o exercício da jurisdição, enquanto atividade eminentemente criativa que é. Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional.

16. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, julgada improcedente.

(Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.2.2023, DJE de 28.4.2023)."

>>|

<< Sumário

tutelados, em especial as garantias do acesso à justiça, à efetividade e à razoável duração do processo, e à inafastabilidade da jurisdição, restando por improcedentes os pedidos formulados.

Referências

- AMSTUTZ, Marc; ABEGG, Andreas; KARAVAS, Vaíos. Civil society constitutionalism: the power of contract law. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, Summer 2007.
- CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1. Milão: Giuffrè, 1993.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison-Wesley, 2016.
- FUX, Luíz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FUX, Rodrigo. Os influxos da Análise Econômica do Direito no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, v. 308, out. 2020.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Proteção ambiental e direito à moradia e a serviços públicos em área de preservação permanente

Environmental protection and access to housing and public services in environmentally protected areas

ELTON M. C. LEME¹ 

Resumo

Diante do fenômeno da judicialização de políticas públicas no Brasil, o presente estudo, após considerar a conformação internacional do tema, aborda mais concentradamente a visão dos tribunais brasileiros, ainda sem posicionamento jurisprudencial consolidado, sobre demandas que exigem a ponderação dos direitos fundamentais em colisão, isto é, o *direito ao ambiente ecologicamente equilibrado* e o *direito à moradia adequada*. Para tanto, são analisados os conflitos judiciais que têm como cenário o fornecimento de serviços públicos a moradias clandestinas em áreas destinadas à proteção ambiental, sem perder de vista o inafastável ideal do desenvolvimento sustentável e a necessidade de conciliar, tanto quanto possível, moradia digna e proteção do ambiente.

Palavras-chave: áreas de proteção ambiental; dignidade humana; jurisprudência brasileira; moradia adequada; ocupação clandestina; sustentabilidade; urbanização.

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4712-9832>

Abstract

In view of the judicialization of public policies in Brazil, the present study, after considering the international rules on the topic, focuses more closely on the Brazilian courts' view, still without a clearly consolidated jurisprudential position about requirements for the fundamental rights in conflict, *i.e.*, *the rights to an ecologically balanced environment* and to *adequate housing*. In order to do so, we analyze the judicial conflicts that have as a scenario the provision of public services to irregular, or illegal, housing in areas intended for nature conservation, without losing sight of the unshakable ideal of sustainable development and the need to reconcile, as far as possible, decent housing and environmental protection.

Keywords: adequate housing; Brazilian jurisprudence; human dignity; illegal occupation; protected areas; sustainability, urbanization.

Introdução

A crise ambiental mundial constitui realidade que ganhou relevância especialmente a partir da segunda metade do século XX. Entretanto, já a partir do final do século XIX, com a intensificação de todas as modalidades de poluição, a ação antrópica passou a afetar mais acentuadamente o ambiente do planeta e agora também o clima. O aumento significativo da atividade industrial, a utilização em larga escala de combustíveis fósseis, além de queimadas, desmatamentos, dentre outros fatores, passaram a contribuir para a maior concentração na atmosfera dos chamados *Gases de Efeito Estufa* (GEEs), alterando o equilíbrio dinâmico do clima, a gerar o fenômeno conhecido como *aquecimento global*.

A mudança global do clima está diretamente relacionada a fenômenos que desencadeiam gradativas, mas profundas, alterações no ambiente em que vivemos, afetando significativamente as cidades e seus entornos. Essas anomalias climáticas interferem na mobilidade regional e urbana, intensificam a degradação ambiental, o aumento da erosão de solos, o deslocamento regional de contingente humano, com perdas permanentes ou temporárias na capacidade produtiva, com interrupção de serviços essenciais,

aumento de gastos públicos e privados, sem contar a quebra na produção de alimentos e energética, a redução da disponibilidade de água potável e a ainda maior proliferação de doenças e pragas. Parece intuitivo que este universo de acontecimentos, que passou a integrar o cotidiano da vida neste século XXI, atinge diretamente a concretização de direitos fundamentais e confere especial relevância à proteção do ambiente e das áreas naturais reservadas à preservação de parcelas representativas dos ecossistemas naturais.

Agrava a situação a inequívoca concentração humana nas áreas urbanas. Em 2025, a população urbana mundial atingiu o percentual de 45% da população total do mundo — ou seja, quase 3,7 bilhões, de um total estimado de 8,2 bilhões de pessoas —, sendo que um percentual importante desse contingente está concentrado em 33 *megacidades*, ou seja, com 10 milhões ou mais de habitantes, como Jacarta (42 milhões), Dacca (37 milhões), Tokyo (33 milhões), Nova Delhi (30 milhões) e São Paulo (12 milhões) (United Nations, 2025). Embora a cidade do Rio de Janeiro não se enquadre no conceito de megacidade, apresenta, mesmo assim, uma população de 6,7 milhões de habitantes (IBGE, 2025). Parece evidente que uma população dessa magnitude causa um grande impacto sobre o meio ambiente, embora de modo desigual nas diferentes regiões do planeta, e gera contínua e crescente pressão sobre as áreas destinadas à proteção ambiental, especialmente as localizadas nas regiões urbanas e periurbanas, no chamado *cinturão urbano*.

Muitos países, especialmente aqueles que enfrentam desafios econômicos e sociais para alcançar níveis razoáveis de desenvolvimento, encontram dificuldades para garantir minimamente, por meio de políticas públicas, *moradias* adequadamente compatíveis com o primado da sustentabilidade e do moderno ordenamento do território e do urbanismo. Esses países têm impedimentos estruturais importantes e falhas básicas na adoção de instrumentos voltados à eficiente consecução de políticas sociais e prestacionais, como, designadamente, é o *planejamento*, de grande relevância nos contextos de *incertezas* e *complexidades* (Oliveira, 2011)². Este é o caso do Brasil, que vivencia o desafio gerado por

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

2 Conforme destaca Oliveira (2011, p. 43), “[...] planejar implica reduzir um grande número de

preocupante déficit habitacional, situação muito diferente de Portugal³, que, embora ainda tenha segmento da população sem acesso condigno à habitação, vive um ciclo de política urbanística voltada ao aproveitamento planejado das moradias já existentes, mediante a requalificação e revitalização das áreas onde estão inseridas (Oliveira, 2012). O déficit habitacional brasileiro, segundo Meireles e Vasconcelos (2012), é “[...] gerado pelo crescimento desordenado das cidades e pela desigualdade social [...] — e o enorme impacto ambiental causado pelas edificações — tanto em sua construção quanto em seu funcionamento e manutenção” (p. 301), apesar do moderno e inovador sistema legislativo à disposição do país, voltado à proteção do ambiente e ao uso ordenado do solo urbano (Dossier, 2014).

O presente estudo, ainda que em linhas superficiais e sem pretensão de alcançar aprofundamento teórico compatível com a riqueza do tema, não está relacionado à análise das políticas internacionais, regionais e locais de habitação, nos moldes desenvolvidos, a contento ou não, pelos organismos que se encarregam da atividade ou pelos Estados e suas extensões administrativas. O interesse aqui se aproxima da ocupação ilícita, sem autorização legal ou regulamentar, e sem titulação regular, quando existente, sob a ótica do Judiciário brasileiro. O foco está limitado à tentativa de se obter, por iniciativa individual, mediante intervenção judicial, autorização para que a moradia ilegal seja contemplada

alternativas que se apresentam à acção, a um determinado leque, mais reduzido, compatível com os meios de que se dispõe, assumindo-se, por isso, como uma operação de racionalização.”.

- 3 Apesar de a oferta de moradias em Portugal, na visão de Marques et al. (2014), ter atingido níveis confortáveis, Oliveira (2004) enumera tendências no país — ainda atuais — com consequências que considera gravosas, na ocupação do território, entre elas, “o abandono e a degradação dos centros históricos, com a deslocação da população para periferias subequipadas e desqualificadas” (p. 13), “o aumento de fogos devolutos e degradados dentro dos perímetros urbanos dos grandes centros” (p. 13), a “realização de operações urbanísticas ilegais” (p. 14) e a “inflexibilidade do regime de conservação da natureza (um regime de ‘tudo ou nada’, devido à inexistência de regimes intermédios em zonas tampão)” (p. 25). Apesar das tendências comparativamente mais alentadoras dos países europeus quando em confronto com países em desenvolvimento, aqueles também trazem em sua história urbanística conflitos e ocupações de gênese ilegal, como exemplificado por Calor (2017) para a Espanha e a Grécia.

por serviços públicos e, portanto, aproxime-se do conceito de *moradia adequada*, em detrimento das normas urbanísticas, de ordenamento do território e principalmente ambientais.

Inicia-se por uma abreviada abordagem da evolução conceitual de *moradia adequada* nos vários instrumentos normativos internacionais (item 1 deste artigo), sua projeção nas Constituições de países como Brasil, Portugal e Espanha, e sua íntima conexão com os direitos humanos, em geral, e com a dignidade humana e a sustentabilidade em especial. Segue-se com a abordagem da *sustentabilidade ambiental*, sob a ótica de direito fundamental e princípio intransponível para a consecução do *direito à moradia adequada* (item 2).

Destaca-se, na sequência, a ocupação ilícita de áreas de proteção ambiental e o fornecimento de serviços públicos nesses sítios (item 3), circunscrevendo-se o estudo, neste ponto, à realidade brasileira, por ser inviável a comparação com a situação de outros países, que vivenciam níveis diferenciados de desenvolvimento, como é o caso de Portugal, cujos “[...] *indicadores ambientais são promissores*” (Dossier, 2014, p. 135). Isto se deve às dificuldades socioeconômicas encontradas no Brasil, e à debilidade de políticas públicas adequadas, o que justifica a riqueza de conflitos nas zonas urbanas e periurbanas, a envolver, nomeadamente, o direito à moradia e a proteção do ambiente. Nesse contexto, são abordados alguns aspectos da tutela jurídica dos espaços especialmente protegidos e os *princípios da interdição natural do terreno e da boa-fé objetiva ambiental*.

Por fim, são reunidas várias decisões judiciais de alguns dos mais importantes tribunais do Brasil, que exemplificam os inúmeros embates em curso no país e os conflitos que, pela ausência de uniformidade dos julgados, apontam importante grau de incerteza no compromisso do Estado com as respectivas políticas. A realidade descortinada remete à inevitável reflexão sobre o problema (“Considerações finais” do presente artigo) e à sugestiva necessidade de atuação clara e uníssona do Estado, por meio de todos os poderes constituídos, e não apenas do Poder Judiciário, de modo a tutelar — sem perder de vista a *boa-fé objetiva ambiental* — a *segurança jurídica*, a *proteção da confiança* e a *legítima expectativa* de parcela relevante da população brasileira econômica e socialmente vulnerável.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

1. O direito à moradia na esfera internacional e local

A gênese do *direito fundamental à moradia* encontra raízes, no âmbito internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948⁴, que reconhece a todo ser humano e a sua família um padrão de vida que lhe garanta saúde e bem-estar, sendo a *habitação*, entre outros, um dos meios propiciadores desse bem-estar. O *direito à moradia adequada* — apto, por sua adequação ao fim específico a que se destina, a garantir o bem-estar humano — foi reafirmado em 1966, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵, direito este a ser garantido pelos Estados sem distinção de raça, cor, origem nacional ou étnica⁶, ou de sexo⁷, embora cada um desses instrumentos internacionais e outros tantos que tratam do tema⁸ atri-

-
- 4 A DUDH foi proclamada em 10 de dezembro de 1948, durante a Assembleia-Geral das Nações Unidas. Seu artigo XXV (1) estabelece que: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (Organização das Nações Unidas, 1948).
 - 5 Foi adotado na XXI sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Seu artigo 11.º, item 1, primeira parte, estabelece que: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.” (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 18 dez. 1966).
 - 6 Conforme artigo V, “e”, iii, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que entrou em vigor em 4 de janeiro de 1969, que expressamente faz referência ao “*direito à habitação*”.
 - 7 A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, aprovada em 1979 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em seu artigo 14.º, “h”, trata a *habitação* como um dos meios propícios a garantir às mulheres, em condições de igualdade com os homens, condições de vida adequadas.
 - 8 Outros instrumentos internacionais que reconhecem o *direito à moradia* são a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 (artigo 21.º); o Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, de 1966 (artigo 17.º); a Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989 (artigos 16.º, 1, e 27.º, “3”); a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, de 1990 (artigo 43.º, 1, “d”); e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006 (artigo 28.º).

buam dimensões particularizadas ao *direito à moradia*, expressão esta não raro utilizada como sinônimo do “*direito à habitação*”.

Ainda no plano internacional, em 1976, a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (HABITAT I) adotou a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, que, diante da profunda preocupação com as dificuldades crescentes mundiais para satisfazer as aspirações das pessoas, à luz do *princípio da dignidade humana*, proclamou, como princípio geral, a *melhoria da qualidade de vida dos seres humanos* como o primeiro e mais importante objetivo de toda política de assentamento humano⁹, em plena sintonia com a concepção ampla do *direito à moradia adequada*. Na sequência, em 1978, foi estabelecido o Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. Nesse contexto, elaborou-se, em 1991, documento sobre o *direito à moradia adequada* — “*the right to adequate housing*” —, que o define como o “direito de viver em algum lugar, com segurança, paz e dignidade”, concebendo-o de modo inseparável de outros direitos humanos, com especial destaque à *dignidade da pessoa* (United Nations, 1991)¹⁰.

9 “The Vancouver Declaration on Human Settlements

[...] Being deeply concerned with the increasing difficulties facing the world in satisfying the basic needs and aspirations of people consistent with principles of human dignity, [...]

II. General Principles

1. The improvement of the quality of life of human beings is the first and most important objective of every human settlement policy. These policies must facilitate the rapid and continuous improvement in the quality of life of all people, beginning with the satisfaction of the basic needs of food, shelter, clean water, employment, health, education, training, social security without any discrimination as to race, colour, sex, language, religion, ideology, national or social origin or other cause, in the frame of freedom, dignity and social justice” (Organização das Nações Unidas, 1976).

10 “Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 4, The right to adequate housing (Sixth session, 1991) [...] 7. In the Committee’s view, the right to housing should not be interpreted in a narrow or restrictive sense which equates it with, for example, the shelter provided by merely having a roof over one’s head or views shelter exclusively as a commodity. Rather it should be seen as the right to live somewhere in security, peace and dignity. This is appropriate for at least two reasons. In the first place, the right to housing is integrally linked to other human rights and to the fundamental principles upon which the Covenant is premised. This ‘the inherent dignity of the human person’ from which the rights in the Covenant are said to derive requires that the term ‘housing’ be interpreted so as to take account of a variety of other considerations, most

O conceito foi mais claramente explicitado em 2009 nas “Fichas Informativas sobre Direitos Humanos” da ONU (Fact Sheet 21), *ao estabelecer que o direito à moradia, para atender à dignidade da pessoa humana e, portanto, para contemplar a ideia de moradia adequada, tem que abranger (a) a garantia da posse da moradia pelos meios legais; (b) os serviços e infraestrutura de água, luz, aquecimento, esgotamento sanitário, disposição de rejeitos, etc.; (c) a acessibilidade econômica, mediante custo não proibitivo, de modo a não inviabilizar, pelo custo desproporcionalmente elevado, o acesso à moradia; (d) a garantia de habitabilidade, por meio de espaço físico compatível com o uso, e de segurança, sob todos os aspectos; (e) o atendimento das necessidades específicas de grupos vulneráveis; (f) localização que permita o acesso ao trabalho, lazer, educação e ao sistema de saúde, e, finalmente, (g) a adequação cultural, a consagrar o respeito à identidade cultural de seu destinatário (United Nations, 2009)¹¹*. Para eliminar dúvidas conceituais relativas ao *direito à moradia adequada*, o citado documento esclarece que, para sua configuração, não é necessária a construção de casas para toda a população; não há proibição de desalojamento de pessoas; é diverso do direito de propriedade e não tem cunho programático de longo prazo, mas deve ser concretizado imediatamente pelos Estados, com os meios e recursos disponíveis.

importantly that the right to housing should be ensured to all persons irrespective of income or access to economic resources. Secondly, the reference in article 11 (1) must be read as referring not just to housing but to adequate housing. As both the Commission on Human Settlements and the Global Strategy for Shelter to the Year 2000 have stated: ‘Adequate shelter means ... adequate privacy, adequate space, adequate security, adequate lighting and ventilation, adequate basic infrastructure and adequate location with regard to work and basic facilities — all at a reasonable cost’” (United Nations, 1991).

- 11 Não por outro motivo é que Domingues (2013), de modo mais conciso, define moradia como bem jurídico adjetivado pela (a) segurança jurídica de habitação do prédio, (b) solidez da edificação e (c) serviços públicos urbanos que garantam a habitabilidade do prédio e seu entorno. Distingue o direito à moradia do direito de habitação, que, ao contrário da moradia, “[...] tem por objeto a segurança jurídica do seu titular em permanecer no imóvel que usa como sua residência. Ou seja, do ponto de vista teleológico, o objeto do direito recai sobre a coisa, o prédio” (p. 216), apresentando-se como direito real, tal como a propriedade, a alienação fiduciária em garantia, o direito do promitente comprador, o usufruto etc.

A Agenda 21, adotada na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1992, em seu capítulo 7, tratou da compatibilização dos assentamentos humanos e da sustentabilidade ambiental¹². Valeu-se dos pilares social, econômico e ambiental, que caracterizam o *desenvolvimento sustentável*, e que precisam ser incrementados nos assentamentos humanos, por constituírem os princípios nucleares das estratégias nacionais para esses assentamentos, em favor do *direito à moradia* (“*habitação*”) *adequada*. Emoldurada pela vigorosa ideia de sustentabilidade da Rio 92, a Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (HABITAT II), realizada em 1996, adotou a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, considerada o documento mais completo sobre o tema. Os Estados então reunidos constataram, por meio de 15 itens que compõem a Declaração de Istambul, a contínua deterioração das condições de habitação e

12 “Agenda 21 – Objetivo dos assentamentos humanos

[...]”

7.4. O objetivo geral dos assentamentos humanos é melhorar a qualidade social, econômica e ambiental dos assentamentos humanos e as condições de vida e de trabalho de todas as pessoas, em especial dos pobres de áreas urbanas e rurais. Essas melhorias deverão basear-se em atividades de cooperação técnica, na cooperação entre os setores público, privado e comunitário, e na participação, no processo de tomada de decisões, de grupos da comunidade e de grupos com interesses específicos, como mulheres, populações indígenas, idosos e deficientes. Tais abordagens devem constituir os princípios nucleares das estratégias nacionais para assentamentos humanos. Ao desenvolver suas estratégias, os países terão necessidade de estabelecer prioridades dentre as oito áreas programáticas deste capítulo, em conformidade com seus planos e objetivos nacionais e considerando plenamente suas capacidades sociais e culturais. Além disso, os países devem tomar as providências condizentes para monitorar o impacto de suas estratégias sobre os grupos marginalizados e não representados, com especial atenção para as necessidades das mulheres.

7.5. As áreas de programas incluídas neste capítulo são: (a) Oferecer a todos habitação adequada; (b) Aperfeiçoar o manejo dos assentamentos humanos; (c) Promover o planejamento e o manejo sustentáveis do uso da terra; (d) Promover a existência integrada de infraestrutura ambiental: água, saneamento, drenagem e manejo de resíduos sólidos; (e) Promover sistemas sustentáveis de energia e transporte nos assentamentos humanos; (f) Promover o planejamento e o manejo dos assentamentos humanos localizados em áreas sujeitas a desastres; (g) Promover atividades sustentáveis na indústria da construção; (h) Promover o desenvolvimento dos recursos humanos e da capacitação institucional e técnica para o avanço dos assentamentos humanos; [...]” (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Capítulo 7, 1992)”.

dos assentamentos humanos, que assumiram proporção de crise, especialmente nos países em desenvolvimento. A reversão desse quadro de crise foi tratada como desafio global. Reafirmaram o compromisso com “a total e progressiva realização do direito à moradia adequada”, marcado por uma “nova era de cooperação, uma era de cultura de solidariedade” (1996, p. 3), desta feita modelada pela sustentabilidade¹³.

Motivado pela Conferência de Istambul (HABITAT II), o Parlamento Europeu, também em 1996, editou a Resolução B4-0581/1996, em que “[...] exorta a União Europeia a consagrar o direito à habitação em todos os tratados e cartas que regem as suas atividades e os seus objetivos”, ao mesmo tempo que “solicita à Comissão que apoie de forma decidida a campanha europeia para as cidades sustentáveis” (União Europeia, 1996). Anos mais tarde, em 2010, o programa UN-HABITAT lançou a Campanha Urbana Mundial, com o objetivo de conscientizar a população mundial sobre a necessidade da promoção de cidades sustentáveis, com a finalidade de reduzir as desigualdades e fomentar serviços básicos de qualidade (World Urban Campaign, 2010). Por sua vez, a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, que constitui um plano de ação global e foi oficialmente adotada pelos chefes de Estado e de governo, durante a Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, realizada em Nova York, em 2015, dentre seus 17 objetivos voltados a “transformar nosso mundo”, destaca-se o “objetivo 11.a”, de “apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento” (Organização das Nações Unidas, s. d.).

Mais recentemente, a Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Sustentável (HABITAT III), realizada em 2016, em Quito, no Equador, adotou uma Nova Agenda Urbana, em prol de “cidades limpas, verdes e inclusivas”¹⁴. A Declaração de

13 Cf. Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, itens 2, 3, 5 e 8 (Organização das Nações Unidas, 1996).

14 Cf. “*New Urban Agenda Quito Declaration on Sustainable Cities and Human Settlements for All* 13. *We envisage cities and human settlements that: (a) Fulfil their social function, including the*

Quito, voltada a “Cidades Sustentáveis e Assentamentos Urbanos para Todos”, reafirma o compromisso dos países com o direito à moradia adequada como componente de um adequado padrão de vida, sem descuidar da função socioambiental da terra e do acesso universal à água potável, bem como a serviços públicos de qualidade. Tudo isso condicionado pela obrigação de proteger, conservar, restaurar e promover os ecossistemas, os habitats naturais e a biodiversidade, de modo a minimizar os impactos antropogênicos sobre o ambiente.

No mesmo ano, num contributo à Conferência de Quito, Portugal elaborou um relatório nacional (Direção-Geral do Território; Nações Unidas – Habitat III, 2016) em que faz um diagnóstico da situação urbana no país e aborda temas como demografia urbana, ordenamento do território e planeamento urbano, ambiente e urbanização, governança urbana e legislação, economia urbana, habitação e infraestruturas básicas. O relatório ressaltou que

[...] a relevância das relações urbano-rurais para a coerência e sustentabilidade do sistema urbano é, de uma forma geral, reconhecida. Contudo, em Portugal, a dicotomia cidade-campo deixou de ter o significado de outrora, não apenas pelo desaparecimento dos limites físicos entre uma e outro e pela emergência de formas de ocupação urbano-rural, sobretudo nas áreas de conurbação extensiva, mas também

social and ecological function of land, with a view to progressively achieving the full realization of the right to adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, without discrimination, universal access to safe and affordable drinking water and sanitation, as well as equal access for all to public goods and quality services in areas such as food security and nutrition, health, education, infrastructure, mobility and transportation, energy, air quality and livelihoods; [...].

(h) Protect, conserve, restore and promote their ecosystems, water, natural habitats and biodiversity, minimize their environmental impact, and change to sustainable consumption and production patterns. [...]

18. We reaffirm all the principles of the Rio Declaration on Environment and Development, including, inter alia, the principle of common but differentiated responsibilities, as set out in principle” (Organização das Nações Unidas, 2016).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

pelas oportunidades de acesso às infraestruturas e serviços coletivos [...]. De facto, a urbanização da sociedade portuguesa, nas últimas décadas, veio tornar premente a disponibilização de espaços silvestres e florestais periurbanos destinados ao recreio e lazer, em especial nas áreas metropolitanas e nos aglomerados de maior dimensão. Contudo, a oferta deste tipo de espaços é ainda considerada deficitária (Direção-Geral do Território; Nações Unidas – Habitat III, 2016, p. 27-28).

Todos esses instrumentos internacionais sedimentam na esfera global a fundamentalidade do *direito à moradia adequada*, inerente à dignidade humana como valor jurídico universal. Modelam a *ordem jurídica*¹⁵ interna dos Estados, “[...] não em virtude da sua própria força normativa, mas por existir uma decisão constitucional ou legal neste sentido” (Machado, 2013, p. 431), como é o caso das constituições do Brasil, Portugal e de diversos outros países. É pertinente afirmar que o direito à moradia adequada se projeta no conjunto dos “*direitos fundamentais internacionais*” a que alude Vieira de Andrade (2016), que expressam um “[...] denominador comum de sensibilidades bastante diversas, próprias de países com diferenças, por vezes radicais, de organização política, de estrutura social e econômica, de tradição religiosa e cultural” (p. 43), com inegável vocação cosmo-polita. Exatamente por sua natureza fundamental global é que esses direitos são “*constitucionalizados*” internacional e nacionalmente, como medida de ordem pública (Canotilho; Brandão, 2016).

No caso do Brasil, por força do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, a moradia constitui direito social fundamental¹⁶. A exemplo

15 Quanto à ideia de ordem jurídica, Moura Ramos (1999, p. 89) a identifica como “[...] um sistema de normas coerente e preciso. Sistema que no entanto se analisa como ‘um conjunto organizado e estruturado de normas jurídicas, possuindo as suas próprias fontes, dotado de órgãos e de processos aptos a emití-la, a interpretá-la, assim como a fazer constatar, sendo caso disso, as suas violações’ [...]”.

16 Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988:

“Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”.

dos vários instrumentos internacionais, não é qualquer moradia que atende à dimensão fundamental desse direito social. Antes de tudo, é necessário que consubstancie, qualitativamente, o princípio fundamental da dignidade humana (artigo 1º, III), cumpra o objetivo fundamental da promoção do bem de todos (artigo 3º, IV) e da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII), sem descuidar o princípio fundamental da sustentabilidade e o direito que todos têm ao ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225), a observar ainda os espaços territoriais especialmente protegidos, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (artigo 225.º, III).

A Constituição da República Portuguesa, de 1976, em seu artigo 65.º, 1, igualmente consagra o direito de todos a uma “habitação adequada”. Incumbe ao Estado português assegurar esse direito (item 2, a), no âmbito de uma política que atenda ao *ordenamento do território e aos planos de urbanização*, em perfeita sintonia com o conceito internacional de *moradia adequada*¹⁷. Esse direito,

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

17 Constituição da República Portuguesa de 1976:

“Artigo 65.º 1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

- a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;
- b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;
- c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;
- d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

Artigo 66.º 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: [...]

b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das

>>|

<< Sumário

na carta política de Portugal, deve estar inserido numa moldura que contemple um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado (artigo 66.^o, 1), observado o desenvolvimento sustentável participativo (item 2), mediante uma correta localização das atividades e com a valorização da paisagem, seja ela natural ou humanizada. Ainda no âmbito dos países ibéricos, a Constituição Espanhola, de 1978, também confere, em seu artigo 47, a todos os espanhóis o direito de desfrutar de uma moradia digna e adequada, explicitando conceitualmente a moderna e ampla, além de participativa, ideia de moradia¹⁸. Outros países, como México¹⁹, Rússia²⁰ e África do Sul²¹, garantem, em suas Cartas

actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; [...] e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; [...]”.

- 18 Constituição Espanhola, de 1978:

Artigo 47.^o *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.*

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

- 19 Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917 (e reformas posteriores):

Artigo 4.^o [...]

“Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.”.

- 20 Constituição da Federação da Rússia, de 1993:

“1. Everyone shall have the right to a home. No one may be arbitrarily deprived of his or her home.

2. The bodies of state authority and local self-government shall encourage housing construction and create conditions for exercising the right to a home.

3. Low-income people and other persons mentioned in law and in need of a home shall receive it gratis or for reasonable payment from the state, municipal and other housing stocks according to the norms fixed by law.”.

- 21 Constituição da República da África do Sul, de 1996:

Artigo 26.^o

“(1) Everyone has the right to have access to adequate housing.

(2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.

Constitucionais, o direito à moradia adequada (artigos 4.º, 40.º e 26.º, respectivamente).

Parece evidente que a relevância global da questão relativa à moradia adequada — tema recorrente, como vimos, nos diversos instrumentos supranacionais e na ordem jurídica interna de numerosos Estados — reside no fato de que, na expressão de Garcia (2011), o respectivo direito vincula-se “diretamente ao direito à vida e à liberdade” (p. 984) e atende a uma “necessidade instintiva do ser humano” (p. 984), indispensável a seu bem-estar e saúde psíquica. Não está atrelado, portanto, ao direito de propriedade e deste não depende para sua consecução²², embora possa dele decorrer. Como direito fundamental, incluído no elenco dos chamados direitos de subsistência, sua potencial inobservância tem o efeito de fulminar os demais valores jurídicos subjacentes, como a própria vida, a dignidade humana (Sarlet, 2010)²³ e o desenvolvimento sustentável. Daí a pertinência do tema quando em conflito aparente com outros valores que encontram proteção internacional, regional e local de igual relevância e *status*, como o ambiente.

Ainda no campo da proteção da dignidade humana — hoje impregnada com a ideia da sadia qualidade de vida derivada de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225 da

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

(3) *No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”.*

22 Quanto à natureza do direito à moradia, Sarlet (2013, p. 10) observa que “[...] o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, de forte conteúdo existencial, considerado até mesmo um direito de personalidade (pelo menos naquilo em que vinculado à dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo com o direito à (e de) propriedade, já que se trata de direito distintos. [...] Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direito de prestação).”.

23 Segundo Sarlet (2013, p. 46), é possível afirmar “[...] que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida e da dignidade da pessoa, em todas as suas manifestações. A eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente e responsável otimização pelo Estado e pela sociedade, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais, correspondente, em última análise, a ter como objetivo permanente a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria ideia de justiça.”.

>>|

<< Sumário

Constituição brasileira e artigo 66.^o da Constituição portuguesa), que, em última análise, conduz ao chamado *direito à busca da felicidade* (Rubin, 2010) —, Häberle (2009) afirma que a tarefa exige adaptações constantes à luz de novos valores humanos que são incorporados a seu conteúdo normativo, impondo medida mínima de proteção ambiental como objetivo do Estado Ambiental, assim como do Estado Social. Aliás, observa Jorge Miranda

[...] que o Estado social tem de ser também um Estado ambiental ou que um Estado ambiental não pode deixar de ser um Estado social, pela interconexão fortíssima entre o acesso aos bens ambientais e o acesso aos bens materiais e culturais (2016, p. 138).

Portanto, somente teremos uma proteção constitucionalmente adequada da *dignidade humana* e dos demais valores e direitos a ela inerentes — o *direito à moradia adequada* aí inserido — se contemplarmos, tanto uma dimensão social quanto uma dimensão ambiental, como bem observam Sarlet e Fensterseifer (2010), desse valor universal.

Não podemos aqui olvidar a relevância dos Planos Urbanísticos e de sua pluralidade de funções no ordenamento dos espaços urbanos e periurbanos. Uma das funções a merecer destaque, na visão de Alves Correia (2001), é a de *conformação do território*, por meio da “[...] qual se pretende alcançar um desenvolvimento harmonioso das diferentes parcelas do território pela otimização das implantações urbanas e do uso do espaço e pelo aproveitamento racional de seus recursos” (p. 43). Essa função abrange uma definição de princípios ou regras incidentes na organização do território e no uso racional dos espaços, não se sujeitando apenas a princípios e regras urbanísticas, mas também, entre outros, aos ditames, de raiz constitucional, da *moradia adequada* e da *sustentabilidade ambiental*, e também de espaços destinados à proteção do ambiente que funcionam como *buffers* ou *zonas de amortecimento* dos impactos urbanos indesejáveis.

No Brasil, o *plano diretor*, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, é o *instrumento básico* da política de *desenvolvimento e de expansão urbana*, nos termos do artigo 182, § 1.^o, da Constituição Federal de 1988. Isto porque a convivência

urbana pressupõe a existência de normas jurídicas claras e não dispersas, que disciplinem a ordenação²⁴ dos espaços urbanos habitáveis (Sobrane, 2005). Por sua vez, o Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/2001) veio regulamentar a política urbana constante dos artigos 182 e 183 da Constituição brasileira, com o objetivo de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade (artigo 2º), concebendo esse desenvolvimento lastreado em *cidades sustentáveis*, em que haja garantia do direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental e à infraestrutura urbana, num compromisso com as presentes e futuras gerações (artigo 2º, I).

Em Portugal, a Constituição da República, de 1976, estabelece que a programação e a execução da política de habitação se fazem por meio de Planos de Ordenamento Geral do Território, estes, por sua vez, apoiados em Planos de Urbanização (artigo 65.º, 2, a). A Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (Lei n.º 31/2014) concretizou o programa constitucional português, em perfeita sintonia com os principais avanços normativos supranacionais, ao reconhecer como princípios gerais (artigo 3.º, 1) a solidariedade intra e intergeracional, responsabilidade, eficiência, equidade, participação dos cidadãos, compatibilização dos interesses público e privado, dentre outros, sem descuidar do desenvolvimento sustentável e de ações pertinentes (artigo 2.º, a-f). Conferiu ainda a todos “o direito a um ordenamento do território racional, proporcional e equilibrado” (artigo 5.º), ordenamento este, que, no conceito de Oliveira (2009), abrange

[...] a aplicação ao solo de todas as políticas públicas, designadamente económico-sociais, urbanís-

24 A ordenação do território, na concepção da Carta de Torremolinos (Carta Europeia do Ordenamento do Território, adotada pelo Conselho da Europa, em 1983), deve contemplar as dimensões: (a) *democrática*, com a participação da população abrangida e seus representantes políticos; (b) *global*, com a coordenação das diferentes políticas setoriais e sua integração por meio de um enfoque global; (c) *funcional*, a observar as peculiaridades, valores, culturas e interesses regionais comuns e as realidades constitucionais dos vários países; e (d) *prospectiva*, a considerar as tendências de longo prazo do desenvolvimento e os fenômenos econômicos, sociais, culturais e ambientais, levando-os em conta.

ticas e ambientais, visando a localização, organização e gestão correcta das atividades humanas, de forma a alcançar um desenvolvimento regional harmonioso e equilibrado (p.11).

Há, na referida lei de bases, relevante diferenciação entre *programas*, que vinculam as entidades públicas, e *planos*, que, além destas, vinculam direta e imediatamente os particulares, estando inserido neste último o *plano diretor municipal* (Oliveira, 2014; 2015; 2016), o que foi identificado por Alves Correia (2014) como *princípio da distinção entre programas e planos*.

2. A sustentabilidade ambiental como direito fundamental

A “Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento”, aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, ratificou a histórica “Declaração de Estocolmo”, de 1972, sobre o meio ambiente, que reconheceu os graves problemas enfrentados no mundo, especialmente pelos países em desenvolvimento, com a degradação ambiental, alimentação, educação, saúde, higiene e habitação (Organização das Nações Unidas, 1972). A “Declaração do Rio”, além de proclamar que “[...] os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável”, e que têm “[...] direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza” (princípio 1, página 1), afirmou o compromisso intergeracional com o desenvolvimento e o meio ambiente (princípio 3); o caráter transversal da proteção ambiental, que não pode ser considerada isoladamente para alcançar o desenvolvimento sustentável (princípio 4), e a obrigação cooperativa de todos, Estados e indivíduos, na erradicação da pobreza, como requisito indispensável à consecução do desenvolvimento sustentável (princípio 5) (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional — IPHAN, 1995).

O *princípio da sustentabilidade* deve ser aqui concebido no seu espectro mais amplo, abrangendo os clássicos três pilares, nomeadamente, *social, econômico e ecológico*, e suas projeções *interestatal, geracional e intergeracional*, ou ainda como *princípio, tarefa, incumbência, direito e dever fundamental*, nos ensinamentos

de Gomes Canotilho (2010). Os três pilares da sustentabilidade modelam o *direito à moradia adequada*, e que não pode ser concebido apartado de suas obrigatórias funções *social, econômica e ambiental*. Oliveira (2009) observa que o *princípio da sustentabilidade* ou do *desenvolvimento sustentável*

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

[...] implica a aceitação de que a qualidade do ambiente é o objetivo último dos processos de planejamento, sendo no entanto, mais amplo que as ideias da proteção ambiental, dado que tem dimensões econômicas e sociais e engloba noções de equidade entre povos e gerações (p. 13).

No mesmo sentido Gomes Canotilho (2008), para quem “a sustentabilidade não se concebe, hoje, sem a análise da problemática do planejamento” (p.11).

Nas palavras de Bosselmann (2008b), a *sustentabilidade* constitui o fundamento conceitual da ordem jurídica emergente, lastreada na justiça ambiental e nos direitos humanos. Aliás, a interdependência entre proteção ambiental e direitos humanos é cada vez mais reconhecida, tanto no direito internacional quanto no direito interno (Bosselmann, 2008a). Os direitos humanos, em contrapartida, são diretamente ameaçados pela degradação ambiental, que atinge, com maior gravidade, as sociedades política, social e economicamente mais vulneráveis. Todos os tratados internacionais, os princípios jurídicos e as leis estatais devem ser interpretados à luz do *princípio da sustentabilidade*, que, em última análise, constitui guia interpretativo-modelador do ordenamento jurídico²⁵ supra e infraestatal, e, portanto, do próprio qualificativo “adequado” do *direito à moradia*.

O desenvolvimento sustentável, como compromisso intergeracional, ao estabelecer um liame entre gerações presentes e futuras, que se sucedem, mas que não necessariamente tem conexão temporal direta, não constitui mero artifício de estética jurídica ou de retórica, “sem qualquer tradução jurídica”, como lembra Jorge Miranda (2016,

25 Na visão de Bosselmann (2008b): “[...] existing treaties, laws and legal principles need to be

p. 141)²⁶. Já para Gomes Canotilho (2008), a sustentabilidade, como direito fundamental, possui consistência dogmática, à medida que produz “[...] (pré)efeitos jurídicos delimitadores dos direitos atualmente titulados pela geração presente” (p. 10). Essa delimitação modela e condiciona todos os demais direitos que encontram igual sede constitucional, como o *direito à moradia adequada*.

No que tange à proteção do ambiente em um quadro de desenvolvimento sustentável participativo, deve-se reconhecer, no âmbito dos Estados, o vanguardismo do ordenamento constitucional português, como lembra Reis (2013),

[...] já que foi a Constituição da República Portuguesa de 1976 que deu a formulação contemporânea ao tema, correlacionando-o com o direito à vida, quando institui, em seu art. 66, o direito de todos a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de todos de defender esse ambiente (p. 162).

interpreted in the light of the principle of sustainability. It provides crucial guidance for the interpretation of legal norms and sets the benchmark for the understanding of justice, human rights and state sovereignty. In doing so, sustainability represents the foundation concept of emerging ‘sustainability law’ based on ecological justice, human rights and institutions. [...] The other aspect concerns the various forms in which human rights are applied to the environment. They can be used to indirectly combat environmental degradation (threats to existing human rights), they can be used for more effective environmental decision-making processes (procedural environmental rights), and they can be used to more directly enforce environmental protection (human right to a healthy environment)” (p. 54-55).

- 26 Cf. Jorge Miranda (2016): “Por outras palavras, entre a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais — que permite falar com propriedade jurídica de direitos das gerações futuras — e a teoria dos deveres estaduais de proteção existe uma ligação umbilical, uma vez que é esta que fornece o caminho dogmático que permite dar tradução prática àquela dimensão e àqueles direitos” (p. 144). No que tange à evolução dos direitos intergeracionais, observou-se que: “Uma terceira fase dir-se-ia surgir com a Constituição brasileira de 1988, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225). E ela seria seguida pela Constituição sul-africana (art. 24), pela Constituição portuguesa após 1997 (art. 66º, n.º 2, alínea d), pela Constituição polaca de 1997 (art. 74º), pela Constituição alemã após 2002 (art. 20º-A), pela Constituição venezuelana (art. 127º), pela Constituição timorense (art. 61º, n.º 1), pela Carta Francesa do Meio Ambiente de 2008, pela Constituição angolana (art. 39º, n.º 2)” (p. 142).

Por sua vez, a Lei de Bases da Política de Ambiente de Portugal (Lei n.º 19/2014) estabelece que “[...] o direito ao ambiente está indissociavelmente ligado ao dever de o proteger, de o preservar e de o respeitar, de forma a assegurar o desenvolvimento sustentável a longo prazo, nomeadamente para as gerações futuras” (artigo 8.º, 1), incluindo-se também a *qualidade de vida*, “nos termos constitucional e internacionalmente estabelecidos” (artigo 5.º, 1).

A Constituição brasileira de 1988 seguiu a mesma linha vanguardista. Tratou o meio ambiente ecologicamente equilibrado *como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, impondo a todos o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, no seu artigo 225, conformando-o, portanto, ao conceito supraestatal de sustentabilidade. Por abranger elementos essenciais à manutenção da vida sadia, o *direito ao ambiente ecologicamente equilibrado* alinha-se aos demais direitos fundamentais.

3. Ocupação ilícita de áreas de proteção ambiental e serviços públicos

Especialmente em países em desenvolvimento, como o Brasil, que enfrentam desafios no campo da erradicação da pobreza, da segurança alimentar, do analfabetismo, da mortalidade infantil, das estruturas de fornecimento de água, saneamento básico e eletricidade, observa-se um grande déficit habitacional e, conseqüentemente, de concretização do direito social fundamental à moradia adequada²⁷. A garantia da *moradia adequada*, diante dessa ampla realidade de deficiência estrutural básica, assume viés ficcional. O fato é corroborado por Meireles e Vasconcelos (2012), ao observarem que

27 Sarlet (2010) bem observa “[...] que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade prestacional dos Estados, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta — e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva — os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações” (p. 8).

[...] o déficit habitacional não é apenas um indicativo quantitativo, incluindo também moradias carentes de infraestrutura básica, as quais não satisfazem o que preconiza a DUDH quando dispõe sobre o direito a um padrão de vida capaz de assegurar saúde e bem-estar às famílias aí residentes (p. 303).

No caso do Brasil, que contextualiza parcela do presente estudo, apesar da evidente evolução dos últimos anos — em que, pelos dados do IBGE, que utiliza os critérios do Banco Mundial (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2025), 8,6 milhões de pessoas saíram da linha da pobreza, entre 2023 e 2024 — há, ainda, muitos desafios para compatibilizar o atendimento das necessidades básicas da população e os primados da *moradia adequada* e do *desenvolvimento sustentável*. Ocorre constante tensão entre as múltiplas atividades humanas e a proteção do ambiente, ditada pela deficiência do Estado em fazer incidir o sofisticado conjunto normativo a seu dispor, para implementar uma ocupação organizada do solo, tanto nas áreas urbanas e periurbanas como nas zonas rurais.

Curiosamente, com políticas públicas que não atendem a contento importante contingente da população socialmente mais vulnerável, os embates entre os valores e bens jurídicos em questão, como *moradia* e *meio ambiente*, são deixados para o plano individual²⁸. Surge, então, pela iniciativa individual, numa realidade de “cada um por si”, a conflituosa ocupação humana clandestina, sem titulação, autorização ou licenciamento, de áreas não destinadas à moradia, mas sim à proteção ambiental, na burla do deficiente — quando existente — controle público. Há uma “dupla ilegalidade urbanística” a que alude Calor (2017), à medida que as ocupações ocorrem, na maioria das vezes, em solos de domínio público, e as edificações não dispõem de “títulos de construção”. Trata-se de “apropriação silenciosa”, na

28 De acordo com Roaf, Fuentes e Thomas (2001), “[...] it is incredible to note that in many parts of the world the challenges of trying to reduce the catastrophic impacts of buildings on the environment are still left to individuals, including Britain” (p. 1).

expressão de Reis (2015), de áreas sob nenhum sistema eficiente de fiscalização, e que, portanto, não oferecem resistência²⁹. Passa a ocorrer, nesses casos, o que a doutrina, de gênese alemã, denomina “mistura de usos” (Oliveira, 2011), ou seja, usos *misturados*, de moradia e proteção do ambiente, geralmente incompatíveis entre si, embora, como observa a citada autora, no âmbito do planejamento do território, “[...] a coexistência de usos nem sempre assume o mesmo recorte, tornando-se necessário identificá-lo devidamente em cada situação [...]” (p. 108). Essa ideia remete ao *princípio jurídico da separação de usos incompatíveis* ou, da sua versão ambiental, do *afastamento preventivo*, com o objetivo de solucionar situações de incompatibilidade, sendo, neste último caso —, de importância, no campo do Direito do Ambiente — a salvaguarda de áreas formalmente protegidas, ou conduz ainda ao *princípio do afastamento gradual*³⁰ (Oliveira, 2011). Observa Aragão (2002), que, “[...] frequentemente, os objetivos ecológicos entrarão em conflito com outros fins econômicos, culturais ou de recreio” (p. 30), o que impõe usos separados e “[...] abstenções de intervenção humana em certos espaços especialmente designados [...]” (p. 30). Mas aqui não se trata, tampouco, de propósito planejado e intencional de promoção da coexistência de usos urbanísticos variados, a que se refere Oliveira (2012), em favor de uma maior riqueza do tecido social ou do fortalecimento de sua coesão.

29 Reis (2015) lembra, com pertinência, que “[...] essas ocupações, ao longo da história da urbanização sempre foram ignoradas pelo Poder Público e pela cidade oficial, até por estarem inseridas fora do mercado imobiliário formal, que sempre teve com ela uma relação de convivência, promovendo anistias periódicas permitindo a regularização e o fornecimento em certa medida de infraestrutura urbana” (p. 59).

30 Quanto ao *princípio do afastamento gradual*, ensina Oliveira (2011) que “[...] quanto mais nociva for a atividade e mais alargados os seus impactos, maior deve ser o afastamento entre as áreas, então a fronteira a estabelecer não pode corresponder a um simples traço, definido em abstrato, de forma nítida e alterável, para além do qual é tudo proibido e aquém do qual tudo é permitido. A separação entre a zona a proteger e a zona susceptível de lhe provocar impactos negativos deve antes ser efetuada através do estabelecimento de zonas *buffer* ou zonas tampão, de extensão indefinida e cuja concretização e regime de ocupação é feita gradualmente, à medida do surgimento de novas atividades a desenvolver com susceptibilidade de produzir impactos na zona a salvaguardar” (p. 547).

A construção clandestina de moradias, em geral, de baixa renda, surge, então, caracterizada pela precariedade, pela ilegalidade urbanística e ausência de infraestrutura e serviços públicos básicos, concentradas em áreas ambientalmente vulneráveis e, portanto, interditadas naturalmente ao uso que se quer clandestinamente impor, como ocorre nas encostas florestadas, nos topos de morros, nas áreas estuarinas e nas margens de rios e lagos, e, não raro, também nas áreas formalmente destinadas à proteção ambiental. Aliás, o Brasil possui inúmeros exemplos de áreas destinadas à proteção ambiental, situadas na zona urbana. São exemplos o Parque Nacional da Tijuca, o Parque Estadual da Pedra Branca e o Parque Estadual da Chacrinha³¹, entre outros, todos localizados na área urbana da cidade do Rio de Janeiro, e sob forte pressão de *processos de favelização*³² no seu entorno. Reis (2015) cita outros casos de ocupação irregular, avessos ao urbanismo sustentável, que invadem “santuários ecológicos e áreas de mananciais” (p. 58), e que atingem, por exemplo, o entorno das represas Billings e Guarapiranga, na região metropolitana de São Paulo, e comprometem o abastecimento de água potável à megacidade. Temos aqui mais um exemplo de usos misturados que são mutuamente excludentes porque incompatíveis entre si.

As *favelas* — conhecidas também como *bairros de lata* — são assentamentos urbanos informais que não seguem nenhuma lógica urbanística ou regime jurídico, quer de ordenamento do solo, quer de índole ambiental. Retratam um processo desordenado de crescimento urbano gerado pela busca alternativa por moradia

31 Mendonça Filho et al. (1996) indicam as inúmeras unidades de conservação situadas no Estado do Rio de Janeiro, inclusive aquelas existentes na zona urbana da cidade do Rio de Janeiro.

32 As *favelas*, na designação brasileira, ou *bairros de lata*, na designação portuguesa, são ocupações informais por definição, caracterizadas por aglomerado de moradias precárias, de baixa renda, usualmente sem estrutura e serviços urbanos adequados, embora existam favelas com estrutura e serviços urbanos, como a Rocinha, no Rio de Janeiro, que invade, nas cotas mais elevadas, área de proteção ambiental. Segundo Barreira e Botelho (2008), “nas últimas décadas a expansão demográfica do Rio de Janeiro foi sempre acompanhada por um crescimento das favelas, num ritmo em média duas vezes maior que o restante da população. O significativo é que mesmo acompanhando a queda nos índices de crescimento populacional, a população das favelas continua a crescer [...]” (p. 18).

próxima dos mercados de trabalho, diante da ausência de opções melhores, sem preocupação com o conceito de moradia adequada. Seus moradores de baixa renda nada têm a perder, posto que não assumem qualquer ônus legal e não têm lastro patrimonial para arcar com penas pecuniárias, porventura impostas pelo Poder Público, ou pelos danos que venham a causar à coletividade e ao meio ambiente³³.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

3.1 A tutela jurídica das áreas destinadas à proteção ambiental e o princípio da interdição natural do terreno

Uma vez focalizada parcela do presente estudo na realidade brasileira, torna-se oportuno tecer breves comentários acerca do regime jurídico dispensado ao *princípio fundamental da sustentabilidade* e suas dimensões no campo da *proteção do ambiente*. Nesse sentido, a Constituição brasileira de 1988, no seu art. 225, *caput*, estabelece em favor de todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, em prol das presentes e futuras gerações. Uma das ações indispensáveis à densificação desse direito fundamental supraindividual, e por isso indivisível — mas que preserva, igualmente, sua natureza individual (Krell, 2013) — é a criação, em todas as unidades da Federação, de espaços territoriais com atributos tais que mereçam ser especialmente protegidos (art. 225, § 1º, III; Figueiredo; Leuzinger, 2001). Esses espaços são definidos como áreas “[...] dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentável [...]” (Silva, 2010, p. 69).

33 Scheid (2011) observa que “[...] muitos assentamentos ocorreram em áreas de preservação permanente, especialmente em mangues, mananciais e na beira de rios e córregos, pois foi (e continua sendo) a alternativa encontrada para ter viabilizado o acesso à água, seja para abastecimento, seja para esgotamento, já que não contam com serviços de fornecimento de água e saneamento. Justamente porque são irregulares e informais, o Poder Público não realiza qualquer tipo de obras nesses locais para proporcionar a infraestrutura necessária a tais serviços” (p. 1.113).

>>|

<< Sumário

Todos os espaços que recebem proteção ambiental especial, independentemente da nomenclatura ou regime jurídico, nomeadamente, de unidades de conservação, Áreas de Preservação Permanente (APP), parques, refúgios ou reservas, públicas ou privadas, atendem com plenitude o objetivo explicitado no parágrafo 1º do art. 225 da Constituição do Brasil, voltado a assegurar a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Machado, 2013). Tem natureza de poder-dever constitucional que traduz um *munus* genérico direcionado ao Poder Público, conformando a atuação do legislador, do gestor público e do juiz (Benjamin, 2001). No campo da racionalidade da instituição de espaços especialmente protegidos, aponta Derani (2001) que “criar espaços especialmente protegidos por norma jurídica é instituir, pela idealização, ambientes racionalmente delimitados e de ação humana programada *a priori*” (p. 222). Sua criação na esfera municipal — *i.e.*, “instituição de unidades de conservação” (p. 223), constitui um dos instrumentos contemplados no Estatuto das Cidades (Lei n.º 10.257/2001, artigo 4º, V, “e”), além do próprio Plano Diretor (artigo 4º, III, “a”), com vistas a alcançar o ideal de *cidades sustentáveis*.

Para a configuração jurídico-ecológica dessas porções do território especialmente protegidas é indispensável delinear, designadamente, a importância da área em si para o ambiente, o oficialismo, a delimitação geográfica, o objetivo voltado à conservação, bem como o regime especial de proteção e o regime de administração. Observe-se que a relevância dessas áreas para o ambiente é crítica num país megadiverso como o Brasil, caracterizado por endemismos, biodiversidade única e ecótonos singulares, tudo sob acelerada degradação ambiental e grave risco de extinção em massa de espécies. A situação assim posta é gravíssima porque os

[...] bens ambientais dificilmente se compadecem com actuações de índole correctiva destinadas a reparar ou remediar os efeitos lesivos das intervenções humanas sobre a natureza e o meio ambiente (Aragão; Dias; Barradas, 1998, p. 93).

Mesmo as áreas e paisagens consideradas biologicamente comuns aos olhos dos cidadãos, quer estejam situadas na zona rural, quer nos grandes centros urbanos e suas periferias, abrigam biodiversidade suficiente ou desempenham funções ecológicas importantes o bastante para cumprir o pressuposto da relevância natural (Leme, 2015b).

No que tange aos limites da utilização humana de algumas dessas áreas, como as APPs, a comissão de notáveis juristas e agrônomos que elaborou, no Brasil, o anteprojeto de lei que gerou o Código Florestal, de 1965, desenvolveu um sistema calcado em critérios biológicos e hidrogeológicos de fácil compreensão, ao alcance do homem médio. A comissão identificou áreas específicas e processos ecológicos essenciais a elas relacionados, a serem preservados por todos, pelos efeitos da própria lei. Conforme claramente explicitado na exposição de motivos n.º 29/1965, que encaminhou o anteprojeto da saudosa Lei n.º 4.771/1965 (substituída pela Lei n.º 12.651/2012), bastaria ao leitor da lei, qualquer que fosse o nível de instrução ou o padrão social, por critérios de experiência comum e, diante dos fatos simples da natureza, verificar “[...] se está diante de uma floresta indispensável, ou se a mata poderá ser removida, sem prejuízo para a terra” (cf. Magalhães, 1980, p. 15). Adotou o pensamento de que “[...] se o Poder Público pode criar restrições ao uso da propriedade, que dizer daquelas que são impostas pela própria Natureza [...]?” (p. 15). E prosseguiu:

Assim como certas matas seguram pedras que ameaçam rolar, outras protegem fontes que poderiam secar, outras conservam o calado de um rio que poderia deixar de ser navegável, etc. São restrições impostas pela própria Natureza ao uso da terra, ditadas pelo bem-estar social. [...]. A lei que considera de preservação permanente as matas nas margens de um rio está apenas dizendo, *mutatis mutandi*, que um pantanal não é terreno adequado para plantar café (p. 15).

A comissão, ao assim estatuir, cunhou o *princípio da interdição natural do terreno*, em que a própria coisa, por suas características naturais limitadas e, portanto, limitantes, não

pode ser utilizada sob uma ótica tradicional de uso, inclusive para moradia. São áreas, na expressão de Oliveira (2010), que “[...] incluem um conjunto de condicionantes de ordem natural, como linhas de água, vales profundos, etc., que não denotavam já, independentemente da opção planificadora, qualquer vocação edificatória.” (p. 678). O único uso possível do terreno impregnado de valores ambientais passa a ser, então, o uso compatível com sua natureza e atributos, porque há aqui uma “vinculação situacional dos solos” (p. 678). O bem está naturalmente interdito para certos fins, especialmente os que alteram, consomem e destroem seus atributos naturais e comprometem suas funções ecológicas e hidrogeológicas.

Isso não quer dizer que, em algumas dessas áreas, sob especial regime de proteção, a lei não estabeleça a possibilidade de compatibilização da proteção do ambiente com atividades humanas, inclusive de viés urbanístico. No Brasil, o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei nº 9.985/2000) permite o uso compatível da proteção do ambiente com certo grau de ocupação humana sustentável, como é o caso da “Área de Proteção Ambiental” (APA, artigo 14.º, I) e da “Área de Relevante Interesse Ecológico” (ARIE, artigo 14.º, II), que abrangem terras públicas e privadas. Também em Portugal, embora a delimitação da Reserva Ecológica Nacional (REN) implique um imperativo de proteção de determinadas áreas com regras estritas de ocupação e uso do território³⁴, são ali admissíveis operações urbanísticas voltadas a um enquadramento equilibrado das atividades humanas (Oliveira; Lopes, 2010)³⁵, à luz

34 Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Portugal (Apelação 3931/2005, relator Desembargador Freitas Neto, julgada em 8 de março de 2006), reconheceu que a “proibição de construir em solos integrados em paisagem protegida, em espaço natural e cultural [...] ou em áreas previstas nos Planos Diretores Municipais, Planos de urbanização ou Planos de pormenor, é uma coarctação ao direito de propriedade, consequência da situação dos solos com tais características e da especial afetação que o legislador lhes confere”.

35 No campo das compatibilidades, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (1ª Secção, revista 174/12.8TBLGS.E1.S1, relator Juiz Conselheiro Paulo Sá, julgado em 11 de fevereiro de 2015), proclamou, no âmbito de Reserva Agrícola Nacional (RAN), que “[...] por intermédio da RAN se pretendem seleccionar solos numa perspectiva dinâmica e abrangente que, sem descuidar o seu aproveitamento agrícola — nele se incluindo a exploração florestal —, concilie esse objectivo

de uma “[...] maior proporcionalidade entre os interesses privados de ocupação do território e o interesse público da salvaguarda dos recursos [...]” que a REN visa a preservar (Oliveira, 2007, p. 48).

Além do *princípio da interdição natural do terreno*, o Código Florestal brasileiro, de 1965, lançou também, na sua exposição de motivos, os primórdios do que podemos identificar como o *princípio da boa-fé objetiva ambiental*, intrinsecamente ligado à função socioambiental da propriedade³⁶. Ao estabelecer que a conduta humana deve ser compatível com a realidade e limites impostos pela natureza nada mais fez do que impor um novo paradigma comportamental, diante da degradação sem precedentes do meio ambiente. Vinculou então a externalização da conduta — sem perquirir a intenção do agente — a critérios objetivos de retidão, probidade, lealdade, zelo e ética, próprios do homem de bem, que precisa conviver harmonicamente com a natureza, como estratégia de sobrevivência num mundo em rápida transformação ambiental (Leme, 2015a).

O vetusto Código Florestal, de 1965, antecipando-se ao constituinte de 1988, reconheceu, em uma perspectiva socioambiental contemporânea, que o domínio não mais se reveste do caráter absoluto e intangível de outrora, e que, entre os direitos associados à propriedade, não está o direito ilimitado inato de ocupar, indiscriminadamente, qualquer área, ou de transformar, negativamente, a configuração natural do bem em prejuízo próprio, da coletividade,

com outros como o lazer, a manutenção do ciclo da água, o carbono e a paisagem”. Aliás, no que diz respeito “[...] aos planos das áreas protegidas, o seu âmbito territorial da aplicação é um dos elementos da sua tipicidade” (Oliveira, 2006, p. 74). Observe-se que “[...] vigora no direito do urbanismo e do ordenamento do território português o princípio da tipicidade dos instrumentos de gestão territorial, de acordo com o qual a Administração não pode elaborar os planos que entender, mas apenas aqueles que a lei prevê de um modo típico” (Oliveira, 2016, p. 73).

36 O Código Civil brasileiro, na reforma de 2002, proclamou o *princípio da probidade* e o *da boa-fé objetiva* (artigo 422.º), inspirado no Código Civil português, de 1966, que, na expressão de Menezes Cordeiro (2015), “nasceu sob o signo da boa-fé” (p. 438) e consagrou a *boa-fé* em sentido objetivo como *princípio geral obrigacional*, conforme artigos 227.º, 239.º e 762.º, 2, que, a par de outros *princípios*, como o *da cooperação* e o *da confiança*, deve conformar hodiernamente todas as relações humanas, inclusive na busca do acesso à moradia adequada, por meio de suas funções hermenêutica-integrativa, restritiva de direitos e extensiva de deveres jurídicos (Reis, 2015).

do meio ambiente e das regras de ordenamento do solo (Benjamin, 1997). Aliás, se no passado a propriedade foi conceituada como o poder de dispor de uma coisa de modo absoluto e insuscetível de limitação ou questionamento, a ordem jurídico-constitucional do Estado Socioambiental, no que tange ao direito de propriedade, conferiu uma inseparável dimensão ambiental à função social da propriedade, que impõe o dever de uso racional, adequado, compatível e sustentável da coisa com vista à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (Furlan; Fracalossi, 2010), o que, reafirme-se, é dever de todos.

3.2 A moradia clandestina em áreas destinadas à proteção ambiental: algumas hipóteses judicializadas

No Brasil, a inércia do Poder Público, no que diz respeito à implementação de políticas em vários setores das atividades tipicamente estatais, gerou uma tendência de *judicialização de políticas públicas*³⁷, tanto com abrangência coletiva, como também para atender ao interesse individual. No que diz respeito à moradia, a judicialização individualizada de demandas surge, não pelo protagonismo do Poder Público em restaurar a higidez de seu domínio e proceder à retomada judicial das áreas ilegalmente invadidas — já que, nesse campo, como dito, prevalece a inércia³⁸ —, mas sim pela negativa das concessionárias de serviços públicos de fornecerem a respectiva

37 Embora possível de críticas, há os que entendem, como Dias (2012), que “[...] a judicialização das políticas públicas, aqui compreendida como implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de políticas públicas é de alçada do Executivo e do Legislativo. Todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. É o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 45, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello.” (p. 13).

38 No campo dos direitos sociais fundamentais é pertinente a chamada *inconstitucionalidade por omissão*, que, nesse caso, nos dizeres de Tushnet (2014), “[...] implies that the government has a constitutional duty not only to provide the rights directly, as by developing a program of public housing, but also — at least if public provision is inadequate (perhaps because of the fiscal burdens on the government) — a duty to modify private law [...]” (p. 3).

infraestrutura, exatamente em razão da localização do imóvel em área legalmente destinada à proteção ambiental. Melhor seria se houvesse no Brasil, como é uma tendência em Portugal, a adoção clara de políticas da regularização de áreas urbanas de gênese ilegal (Oliveira; Lopes, 2016), estabelecendo, pragmaticamente, o que é possível ou não fazer, diante do interesse público e dos valores constitucionais e legais tutelados.

As hipóteses judicializadas, aqui destacadas, não abrangem, em geral, *desocupações forçadas*, que, na visão de Lima (2011), no caso de Angola — que reconhece, indiretamente, em sua Constituição de 2010, o direito à habitação —, envolvem atos do Estado, violadores do direito de habitação, para o despojamento de pessoas, famílias ou comunidades de suas moradias, contra sua vontade, sem realojamento em local adequado, ou sem qualquer compensação, para dar à área uma nova destinação. Na realidade apontada, segundo Villar (2015), deve prevalecer o *princípio da não desocupação*. Entretanto, trata-se aqui, ao contrário, de embates que tentam, de um lado, fazer valer as barreiras legais para impedir que a destinação original da área, vocacionada à proteção do ambiente e originalmente destinada a essa tarefa fundamental, seja descaracterizada pela ocupação clandestina de pessoas ou de grupos de pessoas, para fins de moradia, sem atender à necessária “adequação”.

Diante da colisão entre direitos fundamentais, interessamos, mais de perto, no presente estudo, de um lado, o *direito à moradia adequada*, e, de outro, o *direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado*, tendo como cenário o fornecimento de serviços públicos em áreas que servem de palco para o embate desses direitos. Na prática, na lição colhida de Zavascki (1995), “[...] nem sempre é possível estabelecer a convivência plena e simultânea do conjunto todo dos direitos fundamentais” (p. 18). Nesse campo específico, há os que sustentam, como Aquino (2014), que o magistrado não pode aplicar friamente o conteúdo da norma sem um juízo consequentialista³⁹. Deve prestigiar os

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

39 Aquino (2014), numa visão superficial da interdependência das funções desempenhadas pelo ambiente, *e.g.*, o ciclo hidrológico, e pelos chamados serviços ambientais, afirma que “[...] a

objetivos constitucionais voltados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mediante o emprego do *princípio do equilíbrio*, por meio do qual se busca solução que melhor alcance um resultado globalmente justo.

Entretanto, na pertinente observação de Gomes Canotilho e Jónatas Machado (2008),

[...] a proteção de direitos e interesses constitucionais e de políticas públicas exige, frequentemente, a realização de ponderações multidimensionais, irredutíveis a falsos ou simplistas dilemas de estrutura bipolar. Essa necessária proteção exige a realização de ponderações que tenham em conta, não apenas uma visão estática de interesses de curto prazo, mas também uma perspectiva dinâmica de consideração sustentada dos interesses de médio e de longo prazo, sendo que ao longo prazo não é alheia a própria proteção dos direitos das gerações futuras, hoje cada vez mais considerados essenciais a uma constitucionalmente adequada formulação de políticas públicas (p. 41).

Nessa realidade, a casuística melhor dirá, na busca da chamada *concordância prática* dos direitos fundamentais tensionados, sobre qual dos direitos em colisão deverá prevalecer. Isso, não raro, poderá ditar a absoluta preponderância de um sobre o outro, sem que isso signifique debilitar o âmbito de incidência da respectiva norma

preferência pela conservação das Áreas de Preservação Permanente sobre a garantia do direito à moradia só deverá ocorrer quando estas áreas forem realmente imprescindíveis para a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Uma situação onde a regularização deve ser considerada inconcebível, seria nas áreas localizadas às margens de rios e açudes que abastecem as cidades; certamente o perigo de contaminação da água supera as vantagens de manter moradias nessa área, ao invés de tentar realocá-las. Moradias localizadas em encostas muito íngremes de morros também não devem ser regularizadas, pois não oferecem condições para uma moradia segura; caso contrário poderíamos presenciar desastres seguidos por morte, devido a soterramentos como os que ocorreram na região serrana do Rio de Janeiro nos últimos anos.” (p. 159).

afastada, mas, sim, no exercício de *ponderações multidimensionais* de bens e valores, reservar seu campo conformativo às hipóteses que reclamam, na exata proporção, sua inequívoca supremacia.

Em geral, não há uniformidade casuística para retratar os embates decorrentes da ocupação humana, para fins de moradia, das áreas destinadas à proteção ambiental. São várias as situações observadas, e que têm origens diversas, embora a consequência, em última análise, seja sempre a mesma, nomeadamente, a degradação ambiental e o comprometimento da qualidade de vida e da dignidade humana. Todos os casos têm, em comum, a ausência de titulação dos terrenos ocupados, à medida que trazem, na origem, uma invasão, e, portanto, uma ocupação clandestina, tanto de áreas privadas como também, usualmente, de áreas públicas, e, portanto, fora do comércio. Partilham, porque clandestinas, a completa ausência de licença ou autorização para construir.

Nesse contexto, é recorrente a expansão periférica de núcleos situados nas zonas urbanas, já consolidados por ocupações ocorridas há décadas, e que contam com alguma estrutura de serviços públicos, como água, eletricidade e telefone. A expansão desses núcleos invade, ou continua a invadir, áreas de manguezais, florestas, e do entorno de fontes hídricas. É representada por novas invasões, e os novos invasores valem-se do direito de ação para postular, judicialmente, sejam as empresas concessionárias de serviços públicos obrigadas a fornecer o respectivo serviço. Alega-se, nesse caso, violação do *princípio da isonomia*, já que o núcleo central mais antigo, e, portanto, consolidado pelo tempo, conta com esses serviços, embora as empresas concessionárias se neguem a prestá-los nas novas áreas subtraídas da proteção ambiental.

É também frequente a postulação judicial para a reinstalação de serviços interrompidos por motivos os mais variados, inclusive por retomada pública da área, seguida de sua reocupação clandestina. Igualmente, pode ocorrer ainda a pretensão, pura e simples, de fornecimento de serviços públicos à nova moradia invasora, alegando-se, nesse caso, compatibilidade do direito à moradia com a preservação do ambiente e a ausência de danos. Diante dessas situações, a jurisprudência dos vários tribunais do país tem revelado inconsistências que fazem com que, nem a *moradia adequada* seja alcançada, e muito menos o ambiente

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

ecologicamente sustentável seja tutelado a contento⁴⁰, com grave repercussão nas insipientes políticas públicas nesses setores, a contribuir para a perpetuação do caos urbano e periurbano.

3.3 A jurisprudência brasileira na busca individual de um direito aproximado à *moradia adequada*

Não obstante os atos de ocupação clandestina, seguidos de construções com os mesmos atributos de ilegalidade, em áreas destinadas à preservação do ambiente, os ocupantes e invasores buscam, individualmente, por meio de ações judiciais, aproximar, tanto quanto possível, sua *moradia clandestina* da idealizada *moradia adequada* e, portanto, humanamente digna. Para isso, tentam obter, judicialmente, em detrimento de qualquer autorização administrativa, o direito a serviços públicos, especialmente água e eletricidade, que lhes foram negados pelas empresas concessionárias, exatamente em razão da situação ilegal de suas habitações. Contudo, lembram Rosseto e Rosseto (2014)

[...] que o exercício ao direito à moradia não é apenas um direito subjetivo, quer dizer, não é apenas livre o sujeito para encontrar o lugar que quiser para chamar de lar e ali exercer sua liberdade de maneira digna, mas há de se contrastar essa vontade subjetiva com as condições consideradas dignas objetivamente. [...] Além do mais, este exercício se reconhecido pelo direito acabaria por solapar os demais direitos considerados fundamentais coletivos, como o meio ambiente (p. 7.288).

40 A oscilação do teor jurisprudencial parece retratar os conflitos mundividenciais próprios do tema, como observa Fernandes (2004), pois “[...] a questão dos assentamentos informais em áreas ambientais continua dividindo opiniões e grupos. Trata-se na verdade de mais uma expressão de um velho conflito entre os defensores da chamada ‘agenda verde’ do meio ambiente e os defensores da chamada ‘agenda marrom’ das cidades, conflito esse que tem se traduzido também no crescimento paralelo, e com frequência potencialmente antagônico, de dois ramos do Direito Público brasileiro, quais sejam, o Direito Ambiental e o Direito Urbanístico.” (p. 1).

Os tribunais superiores do Brasil, destacadamente, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante dos conflitos entre o *direito à moradia* e o *direito ao ambiente ecologicamente equilibrado*, fazem, usualmente, prevalecer este último, por beneficiar um universo indeterminado de pessoas, e porque as áreas clandestinamente ocupadas já eram anteriormente destinadas, nos termos da lei, à proteção do ambiente, salvaguardando a *proteção de posição jurídica*, não dos postulantes, mas, de modo reverso, do próprio domínio público⁴¹, que não pode ser apropriado pelo particular. Entretanto, são poucos os julgados sobre o tema.

No Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie manteve acórdão que condenou a União Federal, em termos indenizatórios, por ato de empresa concessionária de serviço público que forneceu indevidamente energia elétrica a loteamento clandestino em área de preservação permanente, em contrariedade a Plano Diretor do Município⁴², prestigiando, com a decisão, a ocupação ordenada do território urbano. Em outro julgado, o STF, sem adentrar na esfera probatória ou abordar mais detidamente a colisão dos valores constitucionais em questão, confirmou decisão da instância recursal ordinária que determinou a demolição de imóvel construído, sem autorização, em área de preservação permanente, em defesa, portanto, de seus atributos

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

41 Sobre o tema, há educativo acórdão em Portugal, do Tribunal Central Administrativo do Sul (processo 08452/12, Secção CA-2.º Juízo, datado de 26 de abril de 2012, relator Juiz Desembargador Paulo Pereira Gouveia), a saber: “1. O art. 68º n.º 1, alínea “c” do CPTA, dispensa o prévio requerimento à Adm. P. (v. arts. 66º e 67º CPTA) pelo MP, quando ali se prevê a acção pública para as situações de omissão ilegal em que o dever objetivo de praticar o ato administrativo resulte diretamente da lei e esteja em causa a ofensa de direitos fundamentais, de um interesse público especialmente relevante ou de a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais. 2. Uma obra particular num arruamento público é ilegalizável, já que o domínio público não pode ser apropriado por particulares e não pode ser comercializado ou objeto de tráfego jurídico por qualquer modo, a não ser que ocorra uma desafetação da coisa por motivo de interesse público/bem comum, aspeto aqui fora de questão. 3. Pelo que demolir tal obra é algo imposto por lei e, assim, não viola o princípio da proporcionalidade administrativa.”.

42 STF, recurso extraordinário 414875-SC, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 22 de dezembro de 2009.

>>|

<< Sumário

naturais⁴³. Mais proximamente do tema objeto do estudo, decisão monocrática do mesmo relator, Ministro Dias Toffoli, não vislumbrou afronta ao direito fundamental social de moradia na decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que impediu o fornecimento de energia elétrica em imóvel situado em área de parcelamento irregular do solo em zona de preservação permanente⁴⁴. Foi destacado na decisão, valendo-se dos argumentos da instância inferior, que

[...] o Poder Judiciário, diante desse quadro, não pode dar seu aval a essas irregularidades e simplesmente reconhecer o direito de um particular à energia elétrica, na medida em que, com essa postura, negaria vigência ao sistema legal que visa à proteção do meio ambiente e à regular ocupação do solo.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, afirmou que o interesse particular daqueles que, carentes de recursos, sonham obter moradias mais dignas, por meio de loteamento clandestino em zona de manancial que abastece a grande cidade de São Paulo (Reservatório Billings), não pode preponderar, uma vez constatada a impossibilidade de conciliação de valores jurídicos, diante do interesse público que beneficia, pela proteção do meio ambiente e o abastecimento urbano de água, um número muito maior de pessoas, mesmo que haja a necessidade de remover famílias ilegalmente instaladas no local⁴⁵.

43 STF, agravo regimental no recurso extraordinário 605.482-SC, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 10 de setembro de 2013.

44 STF, agravo em recurso extraordinário 955693-SP, relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 29 de agosto de 2016.

45 Consta da ementa do acórdão do STJ, proferido no Recurso Especial 403190/SP, pela Segunda Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 27 de junho de 2006, que “A destruição ambiental verificada nos limites do Reservatório Billings, que serve de água grande parte da cidade de São Paulo, provocando assoreamentos, somados à destruição da Mata Atlântica, impõe a condenação dos responsáveis, ainda que, para tanto, haja necessidade de se remover famílias instaladas no local de forma clandestina, em decorrência de loteamento irregular implementado na região. Não se trata tão somente de restauração de matas em prejuízo de famílias carentes de recursos financeiros, que, provavelmente deixaram-se enganar pelos

Entretanto, quando a área considerada de preservação permanente se encontrar completamente descaracterizada, não mais ostentando os atributos naturais que antes justificavam sua designação como tal, entendeu o mesmo Superior Tribunal de Justiça que, uma vez consolidada a ocupação humana no local, não pode a fornecedora de energia elétrica interromper abruptamente o serviço que há anos vinha sendo prestado. Foi nesse sentido a decisão monocrática do Ministro Herman Benjamin⁴⁶, a prestigiar os *princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica*, já que pela existência contínua e ostensiva de serviços públicos no local, o Poder Público propaga a ideia da licitude da moradia ou, quando muito, de situação de mera irregularidade, e não de intransponível ilegalidade, criando a chamada *legítima expectativa*. É razoável que assim seja, até como projeção da “*garantia da igualdade de tratamento*”, amplamente reconhecida na realidade jurídica portuguesa, conformadora do ordenamento do território e do urbanismo (Correia, 1998), perfeitamente adequada, pelo teor isonômico, ao universo constitucional brasileiro.

Com viés muito mais amplo, decisão da Ministra Regina Costa, também do Superior Tribunal de Justiça, rejeitou recurso interposto contra decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, que considerou ser líquido e certo o direito de um morador de obter fornecimento de energia elétrica, mesmo em ocupação irregular em área de preservação permanente quando outros moradores na mesma área já possuem o serviço, pouco importando o *status* da ocupação humana (*i.e.*, se recente ou se consolidada pelo tempo). Considerou — a decisão estadual prestigiada — que a defesa do meio ambiente não pode ser intransigente e violar outro direito fundamental que tem, segundo a decisão, maior relevo, a saber,

idealizadores de loteamentos irregulares na ânsia de obterem moradias mais dignas, mas de preservação de reservatório de abastecimento urbano, que beneficia um número muito maior de pessoas do que as residentes na área de preservação. No conflito entre o interesse público e o particular há de prevalecer aquele em detrimento deste quando impossível a conciliação de ambos.”.

46 STJ, agravo em Recurso Especial 81967-RS, julgado em 16 de novembro de 2011. No mesmo sentido, TJRJ, Vigésima Sétima Câmara Cível, apelação 0030212-82.2014.8.19.0042, relatora Desembargadora Maria Luiza de Freitas Carvalho, julgada em 8 de junho de 2016.

a vida digna⁴⁷. No plano dos tribunais estaduais, são vários os acórdãos com abordagem semelhante do tema⁴⁸, existindo até decisão que autoriza a instalação do serviço, por não ostentar a concessionária de serviços públicos competência para avaliar eventual descumprimento das posturas municipais ou ambientais, por parte do usuário⁴⁹. Tal decisão desconsidera, por completo, que é *dever de todos* a preservação do meio ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, por comando expresso no artigo 225.^o da Constituição brasileira de 1988, incumbindo a todos, igualmente, a obrigação de zelar pela aplicação da lei e demais atos normativos que densificam esse comando. Nesse contexto, se, de um lado, “a Administração tem de conservar os poderes necessários para fiscalizar a atividade dos particulares e garantir que esta se desenvolva no estrito cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis” (Oliveira; Neves; Lopes, 2016, p. 697), de outro, aqueles que atuam em seu nome, como as concessionárias de serviços públicos, não podem operar cegamente, sem uma orientação segura, lastreada, no caso, no universo normativo de observância obrigatória e conformador de seus serviços.

47 STJ, agravo em Recurso Especial 663140-BA, julgado em 26 de abril de 2016. Nesse julgado monocrático, a Relatora, ao rejeitar o recurso, fez prevalecer o entendimento do acórdão estadual que considerou que “[...] não é razoável a negação ao direito de acesso aos serviços públicos de energia elétrica a determinada pessoa, quando elevado número de casas vizinhas já possuem instalação elétrica. A intensão do Poder Público em proteger determinados valores fundamentais, como o meio ambiente, deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar a violação de outro direito fundamental mais valorado, como a vida digna.”.

48 Nesse sentido, são os seguintes acórdãos: TJSP, Vigésima Nova Câmara de Direito Privado, agravo de instrumento 2063759-45.2016.8.26.0000, relatora Desembargadora Sílvia Rocha, julgado em 25 de maio de 2016; TJSP, Vigésima Quinta Câmara de Direito Privado, apelação 3001513-67.2013.8.26.0075, relator Desembargador Cláudio Hamilton, julgado em 4 de fevereiro de 2016; TJSP, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, apelação 1003886-37.2015.8.26.0269, relator Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan, julgado em 17 de abril de 2017, decisão por maioria, divergindo o Desembargador Fortes Barbosa, para quem, quanto aos serviços públicos, “[...] muito embora a universalização seja um objetivo legítimo, ela não pode se sobrepor aos valores constitucionalmente protegidos e correspondentes ao adequado ordenamento territorial urbano e ao direito ao meio ambiente equilibrado.”.

49 Cf. TJSP, Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado, apelação 0005913-41.2014.8.26.0279, relator Desembargador Antonio Tadeu Ottoni, julgada em 17 de fevereiro de 2016.

Ainda no que diz respeito a áreas com ocupação plenamente consolidada pelo tempo, que marcam posições juridicamente consolidadas, e que já contam com alguma infraestrutura urbana, e, desde que não sejam imprescindíveis à proteção ambiental como o são, *e.g.*, as zonas de entorno de mananciais —, os invasores e moradores clandestinos teriam direito à chamada *regularização fundiária*, a ser promovida pelo Poder Público. Nesse caso, essa regularização, como sustenta Avzaradel (2012), não mais seria discricionária, mas sim vinculada, como concretização do Direito Constitucional à moradia adequada. Entretanto, o referido autor observa que

[...] não se deve aplicar de forma geral e sem grandes cautelas o chamado “fato consumado” na descaracterização de áreas de preservação permanente como áreas consolidadas para efeitos de programas de regularização fundiária. Isto porque tal atitude, generalizada, levaria mesmo ao desaparecimento quase que por completo de áreas de preservação permanente (p. 222).

Autores como Scheid (2011) e Fernandes (2004) sustentam também a necessidade de regularização dos assentamentos informais em áreas ambientais, utilizando-se, para tanto, a *concessão especial de uso para fins de moradia*, prevista no artigo 4º, V, “h”, da Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que concretiza o direito fundamental social à moradia, previsto na Constituição Federal.

No âmbito dos tribunais estaduais, não existe uma linha jurisprudencial claramente consolidada sobre o tema. Tratando da hipótese de existência de outras moradias em área reservada à proteção ambiental, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que, quando há conflito aparente de normas constitucionais,

[...] a ocupação do solo urbano deve ser condicionada à proteção ambiental, não podendo o direito de moradia sobrepujar o direito-dever de manutenção

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratando-se de bem de uso comum do povo, nos termos da Constituição da República^{50,51}.

Em situações tais, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a existência de ilegalidade não justifica que outra ilegalidade seja cometida, perpetuando a situação contrária à lei⁵².

Mas não é sempre assim. Na ponderação de valores, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que “[...] sopesados os riscos mediante juízo de ponderação entre os bens jurídicos em jogo”, o morador clandestino assume risco muito maior com a privação do serviço essencial, que assim, deve ser garantido⁵³. Ou ainda, como decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, havendo

50 Cf. TJRJ, Décima Sétima Câmara Cível, apelação 0017464-97.2010.8.19.0061, relator Desembargador Elton Leme, julgada em 11 de junho de 2014. No mesmo sentido: TJSP, Trigésima Terceira Câmara de Direito Privado, apelação 1000061-21.2015.8.26.0549, relator Desembargador Mário A. Silveira, julgado em 14 de março de 2016; TJRJ, Segunda Câmara Cível, agravo de instrumento 0065493-36.2011.8.19.0000, relatora Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção, julgado em 19 de dezembro de 2011; TJRS, Vigésima Primeira Câmara Cível, apelação 0000504-06.2017.8.21.7000, relator Desembargador Almir Porto da Rocha Filho, julgado em 22 de março de 2017; TJRS, Vigésima Segunda Câmara Cível, apelação 0065721-93.2017.8.21.7000, relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva, julgado em 27 de abril de 2017.

51 Em Portugal, embora diante de realidade normativa e social bem distinta, acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul (processo 07990/11, relatora Juíza Desembargadora Sofia David, julgado em 8 de maio de 2014) adotou lógica semelhante, ao considerar que “IV – as áreas de dunas secundárias e de faixas de protecção a arribas, para além de terem uma aptidão inata para serem incluídas nas áreas REN, terão sempre de ser consideradas zonas com risco de erosão intensa, relativamente às quais não deve ser permitida qualquer construção”. Considerou-se, ainda, que: “VI – Não obstante ser inegável existir uma forte discricionariedade nas escolhas feitas pela Administração em sede de decisão de planeamento urbanístico, esta discricionariedade não permite que se arredem em absoluto os princípios da preservação do ambiente e património natural, da vinculação situacional dos terrenos e da prevenção, fazendo incluir na classificação de ‘estrutura urbana consolidada’, com solo que se ‘destina predominantemente à construção’, uma área de duna secundária, que estará incluída na faixa de protecção à arriba e que apresentará ‘elevados riscos naturais’, porque ‘zona com risco de erosão intensa’”.

52 TJSP, Seção de Direito Público, agravo de instrumento 0581491-26.2010.8.26.0000, relator Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez, julgado em 1º de dezembro de 2011.

53 TJRJ, Vigésima Sétima Câmara Cível/Consumidor, agravo de instrumento 0053778-21.2016.8.19.000, relator Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, julgado em 22 de março de 2017.

pedido de religação de energia, não pode a concessionária fazer exigência, como a relacionada à autorização do órgão ambiental, se havia dispensado essa exigência anteriormente⁵⁴. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em outro julgado, positivou que

[...] constitui direito subjetivo do administrado o acesso à energia elétrica, serviço público de natureza essencial, desde que existente viabilidade técnica, sendo obrigatória a prestação pela concessionária do serviço adequado, observados, entre outros, o princípio da generalidade, abrangendo a maior amplitude possível de interessados e observando a isonomia⁵⁵.

Tais posicionamentos talvez retratem, embora não conscientemente, vertente social do princípio da sustentabilidade, como observa Oliveira (2009), de modo que as opções espaciais — por óbvio sem qualquer planejamento nos casos retratados, e guardadas as devidas proporções realísticas — são selecionadas “[...] como instrumento de combate à segregação espacial urbana, uma das formas da segregação e exclusão social” (p. 150)⁵⁶.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a seu turno, negou o fornecimento de energia elétrica a empreendimento imobiliário em área de proteção ambiental pela ausência de licenciamento do órgão ambiental, considerando que, nesse caso, é legítima a

54 TJMG, Primeira Câmara Cível, apelação 0896691-04.2004.8.13.0701, relatora Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgada em 7 de junho de 2005.

55 TJMG, Sétima Câmara Cível, apelação 1922739-75.2007.8.13.0701, relatora Desembargadora Heloisa Combat, julgada em 29 de setembro de 2009.

56 Ao desenvolver o tema, Oliveira (2011), observa que “esta vertente social da sustentabilidade obriga a integrar no planejamento do território um conjunto de preocupações relevantes tendentes a fomentar o desenvolvimento social e a evitar fenômenos de segregação espacial de uma sociedade diversificada do ponto de vista social e étnico, impondo a inclusão nos planos de políticas sociais e culturais, de combate à pobreza e de apoio a setores da população mais vulneráveis, de políticas de segurança urbana, de habitação, de oferta de serviços públicos, de transportes públicos e de promoção de acessibilidade e mobilidade urbana. Um planejamento integrado, por isso.”.

recusa da empresa concessionária do serviço público⁵⁷. Decidiu, no mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, quanto ao fornecimento de água a imóvel situado em área de preservação permanente⁵⁸. Conforme observação contida em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

[...] mesmo em se tratando de bem vital, como o é a água, tal não leva a que a concessionária seja compelida a efetuar ligação em imóvel situado em área de preservação ambiental, numa autorização judicial à agressão de bem que toca a todos e a mais de uma geração, dando-se intolerável supremacia ao individual em face do coletivo⁵⁹.

Há, ainda, decisões que estabelecem solução intermediária, autorizando a manutenção ou o fornecimento do serviço público, como água e eletricidade, a moradias clandestinamente instaladas em áreas de proteção ambiental, enquanto o Poder Público não providenciar a obrigatória remoção das respectivas famílias e a realocação em local adequado⁶⁰. Com isso, atende-se, de um lado, à proteção do ambiente, e, do outro, pela transferência de lugar, garante-se o direito à moradia adequada, sem vulnerar a dignidade humana. Entretanto, a histórica inércia do Poder Público brasileiro, quanto à desocupação das áreas ilegalmente tomadas da proteção ambiental, sugere a tendência de perpetuação das ocupações ilegais, agora providas, pelo teor da decisão judicial, de alguma infraestrutura de serviços, o que pode conduzir à consolidação da ocupação, ao longo do tempo, à sua expansão e à

57 TJRJ, Quinta Câmara Cível, apelação 0001808-34.2008.8.19.0041, relator Desembargador Milton Fernandes de Souza, julgada em 14 de janeiro de 2014.

58 TJDF, apelação 0020530-41.2009.8.07.0001, relator Desembargador Cruz Macedo, julgada em 1º de abril de 2014. No mesmo sentido: TJDF, Quarta Turma Cível, apelação 20090111483016 APC, relator Desembargador Fernando Habibe, julgada em 19 de março de 2014.

59 TJRS, Vigésima Primeira Câmara Cível, apelação 0092651-56.2014.8.21.7000, relator Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, julgada em 20 de março de 2014.

60 Cf. TJRS, Segunda Câmara Cível, apelação 70013039516, relator Desembargador João Armando Bezerra Campos, julgada em 4 de outubro de 2006.

perda dos atributos naturais justificadores da proteção. Tal situação dá lastro à *política do fato consumado*, e, em última análise, conduz a decisões como a do Superior Tribunal de Justiça, citada anteriormente (ver nota 29). Por isso, acórdão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mesmo tratando do obrigatório reassentamento de 50 famílias oriundas de loteamento clandestino em área de proteção ambiental, considerou temerário possibilitar a instalação provisória do serviço público, mantida a legitimidade da recusa pela concessionária do fornecimento de energia elétrica⁶¹.

Solução também intermediária, visando à redução de danos ambientais, mas não completamente eliminando esses danos, foi proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Determinou-se, no caso, a cessação dos danos ao ambiente, de novas intervenções, e a demolição⁶² de todas as construções erigidas em área de preservação permanente, com exceção da casa destinada à moradia, que deveria, nesse caso, ser mantida, à luz do “princípio da concordância prática ou harmonização”. No voto do Desembargador Souza Nery, foi destacado que

[...] ao lado do direito ambiental, há que se atentar para a força jurídica do direito fundamental à moradia. A atuação estatal, aí incluídas a ação do

61 TJRJ, apelação 0801313-53.2022.8.19.0012, relatora Desembargadora Adriana Ramos de Mello, julgada em 25 de fevereiro de 2025.

62 Tanto no Brasil como em Portugal, a *demolição* deve funcionar como *ultima ratio*, conforme destaca Oliveira (2015a), “[...] na medida em que ela pode ser evitada se a obra for suscetível de ser legalizada ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis, mediante realização de trabalhos de correção ou de alteração [...]”. No mesmo sentido, Lopes (2004) e Calor (2017). Esse entendimento é corroborado por acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (processo 00422-A/96-Porto, em que atuaram os Juízes Desembargadores José Augusto Araújo Veloso, Ana Paula Portela e Jorge Miguel Barroso de Aragão Seia, julgado em 6 de setembro de 2007), citado por Oliveira (2015b), que determinou a demolição de prédio por vício de licença, admitindo, entretanto, a demolição parcial, no caso de vir a ser entendido que parte da construção pode ser legalizada, mediante o respectivo ato válido de licenciamento. O reforço, em Portugal, de medidas, ou a criação de mecanismos voltados à regulação de operações urbanísticas, as chamadas áreas urbanas de gênese ilegal, à luz do interesse público e ambiental, pode ser extraído do Decreto-Lei n.º 136/2014, conforme destacam Oliveira, Neves e Lopes (2016) e Oliveira e Lopes (2016).

Ministério Público Federal e o exercício do poder jurisdicional, não pode olvidar este dado normativo fundamental, sob pena de enfraquecimento do texto constitucional, que deve ser interpretado de acordo com os princípios hermenêuticos da força normativa da Constituição e da eficácia integradora⁶³.

Considerações finais

Os conflitos gerados pela busca do direito à moradia adequada, sem preocupação com as condicionantes principiológicas, normativas ou situacionais, em detrimento do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e do conceito de desenvolvimento sustentável, conduz à árdua tarefa de conciliar, na esfera individual, os valores trazidos à ponderação do Poder Judiciário. Nesse campo, devemos sempre considerar, como enunciam Gomes Canotilho e Jónatas Machado (2014), que, “[...] numa sociedade pluralista, os conflitos são reais, as restrições implicam a respectiva justificação, e há que descobrir, nos casos concretos, como proceder ao balanceamento” (p. 131). Parece evidente, segundo os referidos autores, que,

[...] em algumas situações, impõe-se o balanceamento “caso a caso” ou particularístico, confiado aos tribunais. São estes, que perante circunstâncias específicas, descobrem, em termos prudenciais e equitativos, a razoabilidade de um dizer o direito em face dos interesses contrapostos (p. 132).

Entretanto, a solução de conflitos confiada aos tribunais, embora constitua primado civilizatório, não prescinde, na concretização do *princípio da sustentabilidade* — que é dirigido, não apenas aos Estados, mas a todos os cidadãos —, de políticas públicas claras

63 TJSP, Segunda Câmara Reservada ao Meio Ambiente, apelação 0004414-75.2011.8.26.0642, relator Desembargador José Orestes de Souza Nery, julgada em 24 de outubro de 2013.

e efetivas, voltadas ao uso e à ocupação ordenada do solo, a exigir, em contrapartida, condutas individuais que espelhem *boa-fé objetiva ambiental* no exercício do *direito à moradia adequada*, sem perder de vista o ideal de bem comum.

Embora não exista “[...] uma solução neutral para os conflitos mundividenciais que satisfaça todas as partes envolvidas” (Machado, 2008, p. 13), é aqui bem apropriada a observação da Earth Charter Initiative⁶⁴, que destaca que a

[...] vida frequentemente envolve a tensão entre importantes valores. Isso pode significar escolhas difíceis. Entretanto, temos que, obrigatoriamente, encontrar meios para harmonizar diversidade e unidade, o exercício das liberdades com o bem comum e os objetivos mais imediatos com as metas de longo prazo (p. 4).

Não há dúvidas de que, nas sociedades profundamente divididas, quanto a seus valores primordiais, e sobre quais projetos devem compor a centralidade de suas ações, quer na esfera econômica ou social, quer no que diz respeito à proteção do ambiente, os operadores do Direito sempre encontram dificuldades para enfrentar, de maneira clara e objetiva, os problemas daí decorrentes (Sadeleer, 2008). Embora o Poder Judiciário possa exercer papel importante na intermediação de conflitos sociais e ambientais, e impor, também, certos limites à discricionariedade de planejamento territorial (Oliveira, 2011) — a indicar, no balanceamento das normas e à luz dos princípios incidentes, para além da concretização de direitos, os caminhos juridicamente mais sólidos a seguir —, sua atuação, no campo das políticas públicas, é apenas subsidiária⁶⁵. Não substitui e não pode prevalecer, apartado

64 Cf. “The Way Forward. [...] Life often involves tensions between important values. This can mean difficult choices. However, we must find ways to harmonize diversity with unity, the exercise of freedom with the common good, short-term objectives with long-term goals” (Earth Chart Initiative, s. d., p. 4).

65 Diferentemente da realidade de Portugal, há os que entendem ser necessária no Brasil, diante da omissão dos outros poderes, uma atuação mais vigorosa do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais (Villar, 2015).

das hipóteses de omissão grave e do resgate da legalidade, diante das funções primordiais que devem ser exercidas, nos termos das regras constitucionais, pelos poderes Executivo e Legislativo.

A visão imediatista, de cunho quase emergencial, na busca do atendimento de necessidades da população mais vulnerável e na tutela de valores inerentes à dignidade humana — incluído aí o inegável *direito fundamental à moradia adequada* — descortina quase irresistível opção de suprir essas premências, por meio de decisões judiciais, em detrimento de regras básicas de planejamento do uso do solo e do ordenamento dos espaços urbanos. Entretanto, na expressão de Gomes Canotilho (2004), “hoje, todos devemos ocupar-nos e preocuparmo-nos com a vida na terra” (p. 111). Por isso, não é possível passar ao largo da obrigatória visão de longo prazo e da necessidade de viabilização existencial da humanidade do porvir, especialmente quando os bens jurídicos projetados nessa perspectiva, judicializados ou não, são a espécie humana, as áreas protegidas e o ambiente ecologicamente equilibrado que, à guisa de síntese, possibilita, abriga e rege a vida saudável no Planeta.

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Almedina: Coimbra, 2016.

AQUINO, Vinícius Salomão de. Harmonização entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: moradias localizadas em áreas de preservação permanente (p. 137-166). In: OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros; PADILHA, Norma Sueli; COSTA, Beatriz Souza (org.). *Direito Ambiental II: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI sobre humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no século XXI*. João Pessoa: CONPEDI/UFPB, 2014.

Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=163>. Acesso em: 11 jun. 2017.

ARAGÃO, Maria Alexandra; DIAS, José Eduardo Figueiredo; BARRADAS, Maria Ana. Presente e futuro da AIA em Portugal: notas sobre uma “reforma anunciada”. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 1, n. 2, p. 89-110, 1998.

ARAGÃO, Maria Alexandra. Instituição concreta e protecção efectiva da Rede Natura 2000: alguns problemas. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, v. 5, n. 10, p. 13-44, 2002.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Sustentabilidade ambiental e suas múltiplas

faces. In: FLORES, Nilton Cesar (org.). *A sustentabilidade ambiental e suas múltiplas faces*. (p. 207-23). Campinas: Millenium Editora, 2012.

BARREIRA, Marcos Rodrigues Alves; BOTELHO, Maurílio Lima. Crise urbana e favelização no Rio de Janeiro: para uma crítica da “questão urbana” contemporânea. In: *III Simpósio Lutas Sociais Na América Latina*, 2008, Londrina. Anais... Londrina, 2008. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/terceirosimposio/marcosrodrigues.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman. Introdução à lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação p. 276-316). In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. In: *Revista CEJ*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 33-41, 1997.

BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade [editorial]. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 11, n. 21, p. 9-38, 2008a.

BOSSELMANN, Klaus. *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*. England: Ashgate Publishing Limited, 2008b.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Estimativas da população residente no Brasil e unidades da Federação com referência em 1º de julho de 2025*. [Rio de Janeiro: IBGE], 2025. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2025/POP2025_20251031.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.

CALOR, Inês Alhandra Marques Gonçalves. *A ilegalidade urbanística e o sistema de planeamento territorial: perspetiva comparada sobre políticas de controlo urbanístico de obras*. 2017. 316 f. Tese (Doutoramento em Geografia e Planeamento Territorial) – Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2017. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Capítulo 7, 1992. Disponível em: cap07.doc. Acesso em: 12 jan. 2025.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. In: *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 8, n. 13, p. 7-18, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Sustentabilidade e Planeamento. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, v. 11, n. 21, p. 9-19, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O regresso dos deuses turbulentos. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 7, n. 14, p. 101-111, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a Operação Lava Jato. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, v. 146, n. 4000, p. 16-38, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. Constituição e Código Civil brasileiro: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: GAIO-JÚNIOR,

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

- Antônio P.; SANTOS, Márcio G. T. dos (coord.). *Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 121-165.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *A questão da constitucionalidade das patentes “pipeline” à luz da Constituição Federal Brasileira de 1988*. Colaboração de Vera Lúcia Raposo. Coimbra: Almedina, 2008.
- CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em: 12 jan. 2025.
- CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 12 jan. 2025.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. 1406 p. (Coleção Teses).
- CORREIA, Fernando Alves. A nova Lei de Bases Gerais da Política de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo: alguns princípios fundamentais. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 17, n. 34, p. 9-21, 2014.
- CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2001. 708 p. (Coleção Teses).
- CORREIA, Fernando Alves. Problemas actuais do direito do urbanismo em Portugal. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 1, n. 2, p. 9-32, 1998.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DIAS, Daniella S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista Eletrônica do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Sul (CEAF)*, v. 1, n. 1, p. 1-15, 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art1.pdf. Acesso em: 11 jun. 2017.
- DIREÇÃO-GERAL DO TERRITÓRIO; NAÇÕES UNIDAS – HABITAT III. Relatório Nacional – Portugal. Lisboa: Direção-Geral do Território; ONU Habitat III, 2016. Disponível em: https://habitat3.org/wp-content/uploads/PT_UN-HabitatIII_NationalReport_2016_08_04_PT.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.
- DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes. Moradia não é mercadoria. In: *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 1, p. 197-233, 2013.
- DOSSIER. Urbanismo, ordenamento do território e ambiente na lusofonia. Colaboração de Alexandra Aragão et al. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 17, n. 34, p. 113-143, 2014.
- EARTH CHARTER INITIATIVE. *The Earth Charter* (A Carta da Terra). San José: Earth Charter International Secretariat. Disponível em: https://earthcharter.org/wp-content/uploads/2020/03/echarter_english.pdf. Acesso em: 7 jun. 2017.

FERNANDES, Edésio. *Preservação ambiental ou moradia? Um falso conflito*. Aula ministrada em São Paulo. São Paulo: Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2004. Disponível em: <http://www.irib.org.br/boletins/detalhes/2425>. Acesso em: 5 jun. 2015.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Áreas protegidas e direito ambiental (p. 465-489). In: BENJAMIN, Antonio Herman (coord.). In: *Direito ambiental das áreas protegidas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. FURLAN, Anderson; FRACALLOSSI, Willian. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARCIA, Maria. A cidade e o direito à habitação: normas programáticas na Constituição Federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Doutrinas essenciais de direitos humanos*, v. 3, p. 983-998, 2015.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal (p. 45-103). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 8,6 milhões de pessoas saíram da pobreza entre 2023 e 2024. In: *Agência de Notícias IBGE*, 3 dez. 2025. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/45344-8-6-milhoes-de-pessoas-sairam-da-pobreza-entre-2023-e-2024>. Acesso em: 12 jan. 2025.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN). “Carta do Rio” de junho de 1992. Conferência Geral das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20do%20Rio%201992.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2025.

KRELL, Andreas Joachim. Comentário ao artigo 225 (p. 2.077-2.086). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo; Coimbra: Saraiva; Almedina, 2013.

LEME, Elton M. C. Obrigação ambiental *ex lege* e *propter rem* (p. 172-182). In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato; CAPPELLI, Sílvia (org.). *Direito Ambiental. Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 238 (volume temático). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015a.

LEME, Elton M. C. Áreas de proteção integral. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental. Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 239, v. 1 (volume temático). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015b. p. 580-586.

LIMA, Alexandra Carina Melo. *O direito à habitação em Angola inserido nos direitos fundamentais*. 2011. 91 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciências Sociais, Políticas e do Território, Universidade de Aveiro, Aveiro, 2011.

LOPES, Dulce Margarida de Jesus. Medidas de tutela da legalidade urbanística. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 7, n. 14, p. 49-90, 2004.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

MACHADO, Jónatas E. M. Estado constitucional e neutralidade religiosa. In: *Revista Jurídica da UniCesumar*, v. 8, n. 1, p. 1-31, 2008.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. 802 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Das áreas de preservação permanente. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (orgs.). *Novo Código Florestal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 155-165.

MAGALHÃES, Juraci Perez de. *Comentários ao Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965)*. Brasília: Senado Federal, 1980.

MARQUES, Teresa Sá; MATOS, Fátima Loureiro de; GUERRA, Paula; RIBEIRO, Diogo. Housing problems in Portugal: a challenge to define a territorialised policy in times of crisis. In: *Proceedings of the International Conference "The Welfare State in Portugal in the Age of Austerity"*. 2014, p. 1-15. Disponível em: <http://www.iseg.ulisboa.pt/mkt/content/the-welfare-state-in-portugal-in-the-age-of-austerity/Papers/Housing%20problems%20in%20Portugal%20a%20challenge%20to%20define%20a%20territorialised%20policy%20in%20times%20of%20crisis.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2025.

MEIRELES, Gustavo Fernandes; VASCONCELOS, Lara Barreira de. Integrando sustentabilidade ao direito à habitação: uma abordagem a partir do Direito Internacional. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 20, n. 80, p. 299-315, jul.-set. 2012.

MENDONÇA FILHO, Wilson Ferreira; QUEIROZ, Delson Luiz Martins; PEDREIRA, Luiz Otávio de Lima. Unidades de conservação no Estado do Rio de Janeiro. In: *Floresta e Ambiente*, v. 3, p. 190-199, 1996.

MIRANDA, Jorge. O meio ambiente e a Constituição. In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 61, p. 137-149, 2016.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Algumas questões relativas aos programas enquanto instrumentos de gestão territorial (p. 71-92). In: MIRANDA, João; MONTEIRO, Cláudio; VALE, Mário (coord.). *O novo regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial*. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Direito do urbanismo: do planeamento à gestão*. Coimbra: Associação de Estudos de Direito Regional e Local; Núcleo de Estudos de Direito das Autarquias Locais, 2015a.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Nulidades urbanísticas*. Coimbra: Almedina, 2015b.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Três sistemas de planeamento territorial da lusofonia: o sistema português entre o hipercomplexo sistema angolano e o simplificado sistema macaense. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 17, n. 34, p. 45-66, 2014.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Novas tendências do direito do urbanismo: de um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação e de coesão social*. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *A discricionariedade de planeamento urbanístico municipal na dogmática geral da discricionariedade administrativa*. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. O montante da indenização por expropriação: o caso do Parque da Cidade do Porto. In: OLIVEIRA, Fernanda Paula (coord.). *O urbanismo, o ordenamento do território e os tribunais* (p. 663-716). Coimbra: Almedina, 2010.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Portugal: território e ordenamento*. Coimbra: Almedina, 2009.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. A reserva ecológica nacional e o planeamento do território: a necessária consideração integrada de distintos interesses públicos. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 27/28, p. 33-52, 2007.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Planos especiais de ordenamento do território: tipicidade e estado da arte. Em especial os planos de ordenamento de áreas protegidas. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 9, n. 17, p. 71-81, 2006.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Os caminhos “a direito” para um urbanismo operativo. In: *RevCEDOUA: Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, v. 7, n. 14, p. 9-30, 2004.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; NEVES, Maria José; LOPES, Dulce. *Regime jurídico da urbanização e edificação comentado*. Coimbra: Almedina, 2016. 859 p.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce. *As áreas urbanas de génese ilegal (AUGIs) no contexto da política de legalização*. Coimbra: Almedina, 2016. 124 p.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; LOPES, Dulce. *Direito do urbanismo: casos práticos resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2010. 239 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos. Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat II), Istambul, Turquia, 3-14 jun. 1996. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>. Acesso em: 12 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nova York: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 12 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration)*. 1972. Disponível em: <https://docs.un.org/en/A/CONF.48/14/Rev.1>. Acesso em: 12 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *New Urban Agenda*. New York: United Nations, 2016. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/858344?v=pdf>. Acesso em: 12 jan. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11: Cidades e comunidades sustentáveis. Nações Unidas no Brasil, s. d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/11>. Acesso em: 12 jan. 2025.

Acesso em: 12 jan. 2025.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *The Vancouver Declaration on Human Settlements: Habitat I, Vancouver, 31 May – 11 June 1976*. [S. l.]: ONU, 1976.

Disponível em: https://sdgs.un.org/sites/default/files/documents/7252The_Vancouver_Declaration1976.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 19 dez. 1966.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 12 jan. 2025.

RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura. *Das comunidades à União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

REIS, João Emilio de Assis. *O crescimento desordenado das cidades sobre áreas de proteção ambiental: o princípio da boa-fé e a proteção ao direito de moradia*. Tese de doutorado em Direito – Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

REIS, João Emilio de Assis. O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. In: *Veredas do Direito*, v. 10, n. 19, p. 157-176, jan.-jun. 2013.

ROAF, Sue; FUENTES, Manuel; THOMAS, Stephanie. *Ecohouse – a design guide*. Oxford: Architectural Press, 2001.

ROSSETO, Jefferson Matos; ROSSETO, Ana Paula Gracioli. A efetividade do direito à moradia nos tribunais. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB*, v. 3, n. 9, p. 7.263-7.293, 2014.

RUBIN, Beatriz. O direito à busca da felicidade. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, v. 16, p. 35-49, 2010.

SADELEER, Nicolas de. *Environmental Principle: From Political Slogans to Legal Rules*. New York: Oxford University Press, 2008.

SARLET, Ingo Sarlet. Dos direitos sociais (p. 533-548). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro; Coimbra: Saraiva; Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, p. 1-46, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações (p. 11-38). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHEID, Cintia Maria. Concessão especial de uso para fins de moradia: a interface entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente sustentável em Áreas de Preservação Permanente. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, v. 5, p. 1.109-1.125, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOBRANE, Marcia Alvarenga de Oliveira. A cidade e sua normatização constitucional urbanística (p. 205-230). In: GARCIA, Marcia (org.). *A cidade e seu estatuto*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

TUSHNET, Mark. Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues. In: *E-Pública: Revista Eletrônica de Direito Público*, Lisboa, n. 3, Edição Especial, p. 1-10, out. 2014. Disponível em: www.e-publica.pt. Acesso em: 12 jan. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. *Resolução B4-0581*. [S. l.]: *Publications Office of the European Union*, 1996. Disponível em: Resultados da pesquisa - EUR-Lex. Acesso em: 12 jan. 2025.

UNITED NATIONS. *General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (art. 11(1) of the Covenant)*. Adopted in the Sixth Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). U.N. Doc. E/1992/23, annex III at 114. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 1991, 7 p. Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm4.htm>. Acesso em: 12 jan. 2025.

UNITED NATIONS. *The Right to Adequate Housing*. UN Habitat, Human Rights, Fact Sheet 21 (Rev. 1). Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Switzerland, 2009, 52 p.

Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.

UNITED NATIONS. *World Urbanization Prospect 2025: Summary of Results*. UN DESA/POP/2025/TR/No. 12. New York: United Nations, 2025, 109 p. Disponível em: https://population.un.org/wup/assets/Publications/undesa_pd_2025_wup2025_summary_of_results_final.pdf. Acesso em: 12 jan. 2025.

VILLAR, Paola Mavropoulos Beekhuizen. *O direito fundamental à habitação e o direito do urbanismo: uma análise do Direito português e do Direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, 154 p.

WORLD URBAN CAMPAIGN. World Urban Campaign. Nairobi: United Nations Human Settlements Programme (UN-Habitat), 2010. Disponível em: <https://www.worldurbancampaign.org/>. Acesso em: 12 jan. 2025.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 15-32, jul.-set. 1995.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Os direitos humanos dos povos indígenas da Volta Grande do Xingu afetados pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte

The human rights of the indigenous peoples of the Volta Grande do Xingu affected by the construction of the Belo Monte Hydroelectric Plant

EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER² 

PAULO VICTOR PINHEIRO ALVES HABIB³ 

Resumo

As comunidades indígenas (povos originários) e os povos tradicionais possuem estreita relação com o território que ocupam, onde exercem suas atividades comunitárias, incorporando um amplo

1 Publicado originalmente em: SALLES, D; FILPO, Klever P. L.; FLEITAS, Mirel Legrá; KLAUSNER, Eduardo Antônio (org.). *Arquivos de justiça, processo e direitos humanos*. Deerfield Beach (Flórida): Pembroke Collins, 2024, p. 9-33, com o título: A precária proteção dos direitos humanos dos povos indígenas da Volta Grande do Xingu afetados pela construção da usina hidrelétrica de Belo Monte: o Brasil na contramão dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), membro efetivo da 2ª Câmara de Direito Público e da Seção de Direito Público. Bacharel em Direito, mestre e doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e líder do grupo de pesquisa Direitos Humanos em Espécie. Membro da American Society of International Law (ASIL) e da Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3658-1145>

3 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e advogado.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-4923-7477>

conhecimento sobre o meio ambiente em suas culturas, e as suas necessidades diárias são providas diretamente por esse ambiente que os circunda, tendo esses povos todo o interesse em sua preservação. A Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece que essas populações são essenciais para se alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável, e a Constituição Federal deu especial atenção à questão indígena, no que concerne à manutenção dos povos originários em suas terras. A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte atingiu diretamente terras indígenas no rio Xingu, afetando o meio ambiente e os meios de sobrevivência dos povos envolvidos. O presente trabalho pretende analisar se o sistema legal nacional e internacional propiciou a salvaguarda e o respeito aos direitos dos povos originários que habitam a região afetada pela citada usina hidrelétrica e pelo projeto de mineração da canadense Belo Sun. A metodologia adotada é a bibliográfica e documental: serão examinados a legislação nacional e internacional, as ações judiciais que foram propostas, a atuação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Palavras-chaves: direitos dos povos indígenas; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas; exploração e aproveitamento de recursos hídricos e minerais em terras indígenas.

Abstract

Indigenous communities (original peoples) and traditional peoples have a close relationship with the territory they occupy, where they carry out their community activities, incorporating extensive knowledge about the environment in their cultures, and their daily needs are directly provided by the surrounding environment, with these peoples having a strong interest in its preservation. The United Nations (UN) recognizes that these populations are essential to achieving sustainable development goals, and the Federal Constitution gave special attention to the indigenous issue regarding the maintenance of indigenous communities on their lands. The construction of the Belo Monte Hydroelectric Plant directly impacted indigenous lands

on the Xingu River, affecting the environment and the means of survival of the involved peoples. This study aims to analyze whether the national and international legal system has provided safeguarding and respect for the rights of the original peoples who inhabit the region affected by the mentioned hydroelectric plant and the mining project of the Canadian company Belo Sun. The methodology adopted is bibliographic and documentary: national and international legislation, legal actions filed, the role of the Inter-American human rights protection system, and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court HR) will be examined.

Keywords: indigenous peoples' rights; International Human Rights Law; Sustainable Development Goals of the United Nations; exploration and exploitation of water and mineral resources in indigenous lands.

Introdução

As comunidades indígenas (povos originários) e os povos tradicionais⁴ possuem estreita relação com o território que ocupam e onde exercem suas atividades comunitárias. No seu estilo de vida incorporam um amplo conhecimento sobre o meio ambiente em

4 O Decreto n.º 6.040/2007 institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e define as comunidades tradicionais em seu artigo 3º, inciso I: "Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição; [...]". Segundo dispõe o Decreto n.º 8.750/2016, atualizado pelo Decreto n.º 11.481/2023, os "Povos e Comunidades Tradicionais" reconhecidos nacionalmente são os povos indígenas e, também, andirobeiros, apanhadores de flores sempre-vivas, benzedeiros, catingueiros, caiçaras, catadores de mangaba, cipozeiros, povos ciganos, comunidades de fundo e fecho de pasto, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, faxinalenses, geraizeiros, ilhéus, morroquianos, pantaneiros, pescadores artesanais, povo pomerano, quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, quebradeiras de coco babaçu, raizeiros, retireiros do Araguaia, ribeirinhos, vazanteiros, veredeiros e caboclos. Vide, também, a página na internet do governo federal, mantida pelo Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, sobre "Povos e Comunidades Tradicionais", incluindo os originários (indígenas em geral, o grupo mais numeroso, com 1,7 milhões de indivíduos). Vide: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/povos-e-comunidades-tradicionais>.

que vivem, assim como as suas práticas e necessidades diárias são providas diretamente por esse ambiente que os circunda. Por isso, adquirem profundo conhecimento sobre o mesmo e possuem todo o interesse em sua preservação.

O governo federal brasileiro reconhece que os indígenas exercem uma função crucial para a proteção do meio ambiente, “devido à sua profunda conexão e conhecimento tradicional da fauna e flora” (Kettle, 2023). A Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece que essas populações são essenciais para se alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável (United Nations Development Programme, 2023).

Há muito, a sociedade internacional atentou para a necessidade de proteção desses povos originários e do conjunto de tradições e conhecimentos inerentes aos mesmos, assim como dos recursos naturais. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi uma das primeiras instituições internacionais a se interessar pela situação dos povos indígenas, adotando, em 1957, a Convenção n.º 107 sobre populações indígenas e tribais em países independentes.

Atualmente, os principais instrumentos internacionais em vigor, especificamente sobre os direitos dos povos indígenas, são: a Convenção n.º 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais em países independentes, de 7 de junho de 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007 (Galvis; Ramirez, 2018).

Outros instrumentos internacionais e nacionais⁵ protegem os povos originários, suas terras e seus conhecimentos tradicionais⁶,

5 O Estatuto do Índio, Lei n.º 6.001/1973, é a principal lei ordinária sobre o tema.

6 Vide: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 1 e 27); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (preâmbulo e art. 1º); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 5º); Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 2, 5, 8 e 30); Convenção sobre Diversidade Biológica assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, sediada na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1992, promulgada pelo Decreto n.º 2.519/1998; Tratado da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação sobre Recursos Genéticos para a Alimentação e Agricultura; Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) da Organização Mundial do Comércio (OMC); Regime Comum Andino de Acesso aos Recursos Genéticos

proteção esta fundamental para a existência física e cultural dessas populações. Segundo Mota (s. d.), as práticas indígenas silviculturais se baseiam em fontes renováveis e sustentáveis, e este conhecimento que é passado entre gerações, assegura tanto a preservação do meio ambiente como a de sua própria cultura e cosmovisão, preservando as pessoas que dependem desse ecossistema em todos os níveis.

Esse conhecimento tradicional associado à biodiversidade foi objeto de estudo da Secretaria de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente, em novembro de 2000, que, no intuito de transformá-lo em números palpáveis economicamente, estimou que a biodiversidade brasileira é cerca de dez vezes maior que o número até então registrado: o estudo previa a descoberta de quase dois milhões de espécies contra cerca de duzentas mil já conhecidas (Lewinsohn; Prado, 2002).

Apesar da difícil tarefa de expressar esses números em dados econômicos e quantificar o seu valor, estima-se que a biodiversidade brasileira vale 2 trilhões de dólares por ano, e que o Brasil deixa de ganhar, por ano, ao não explorar corretamente esta biodiversidade, a quantia de 100 bilhões de dólares⁷ (Coutinho, 2001), valor este que triplicou, segundo um estudo do Banco Mundial (World Bank Group, 2023).

O conhecimento significativo que os povos tradicionais e indígenas possuem das terras em que exercem suas atividades, assim como da biodiversidade existente nelas, pode ser explorado

do Pacto Andino; Lei n.º 13.123/2015, que regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal; Artigo 1, alínea “j” do Artigo 8º, alínea “c” do Artigo 10, Artigo 15, e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, revoga a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, e dá outras providências.

- 7 “O presidente da Associação Brasileira das Empresas de Biotecnologia, Antônio Paes de Carvalho, calcula que serão patenteadas nas próximas décadas pelo menos 10.000 substâncias com valor para as indústrias farmacêuticas e químicas encontradas na Amazônia. ‘Mesmo que o Brasil apenas licencie a produção de 100 patentes, pode ganhar 1 bilhão de dólares por ano’, afirma Carvalho.” (Coutinho, 2001).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

economicamente por indústrias farmacêuticas, de cosméticos e alimentícias, e ser revertido em melhores condições econômicas e sociais para essas populações, além de proporcionar a preservação da flora e da fauna pela exploração racional desses recursos. Daí a importância jurídica da manutenção desse direito às terras tradicionalmente ocupadas por esses povos, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 (CF).

A Carta Magna brasileira deu especial atenção à questão indígena, no que concerne à manutenção dos povos originários em suas terras. O capítulo VIII, artigo 231, da CF, veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo com autorização do Congresso Nacional, e somente nos casos de catástrofe, epidemia ou no interesse da soberania do país, garantindo-lhes o retorno imediato assim que cessado o risco.

O supracitado artigo constitucional, em seu parágrafo terceiro, também determina que o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, bem como a lavra de riquezas minerais em terras indígenas, só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, e assegurando-lhes participação no resultado da lavra.

A despeito do disposto pelo ordenamento jurídico, verifica-se no Brasil que, no caso da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte (UHE), que atingiu diretamente as terras indígenas (TI) de Paquiçamba⁸, Arara da Volta Grande do Xingu⁹, Trincheira Bacajá¹⁰ e os povos ribeirinhos do rio Xingu, os direitos dos povos envolvidos foram preteridos, como será demonstrado.

Projetos visando à exploração do potencial energético da área conhecida como Volta Grande do Xingu no Estado do Pará remontam aos anos 1970 do século XX, porém, pressões advindas dos indígenas, organizações não governamentais (ONGs) e atores

8 Estado de reconhecimento: identificada e declarada (Terras indígenas no Brasil, Terra Indígena Paquiçamba, s. d.).

9 Estado de reconhecimento: identificada, declarada, reservada, homologada e registrada (Terras indígenas no Brasil, Terra Indígena Arara da Volta Grande do Xingu, s. d.).

10 Estado de reconhecimento: identificada, declarada, reservada, homologada e registrada (Terras indígenas no Brasil, Terra Indígena Trincheira Bacajá, s. d.).

internacionais adiaram tais planos até o ano de 2011, quando então se iniciaram as obras para a implantação da infraestrutura que antecedeu a construção da usina.

O processo de licenciamento e construção da referida usina foi conturbado, marcado por conflitos entre indígenas, funcionários públicos e prepostos da iniciativa privada, com questionamentos no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e litígios judiciais.

Diante de tal contexto é que o presente trabalho pretende uma análise sobre o respeito aos direitos dos povos tradicionais que habitam a região afetada pela construção da UHE e pelo projeto de mineração da canadense Belo Sun, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)¹¹, inclusive em comparação com o caso dos povos indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano, no Panamá¹², e conforme os critérios postos pela ONU como objetivos de desenvolvimento sustentável para erradicar a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima (Nações Unidas Brasil, s. d.).

1. O caso dos povos indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano vs. Panamá na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os povos indígenas em questão foram removidos de suas terras ancestrais em virtude da construção de uma usina hidrelétrica. O povo Kuna habitava a região desde o século XVI. Os Kuna tradicionalmente praticam a agricultura de subsistência, a caça e a pesca.

O povo Emberá, envolvido no litígio, é uma parte da nação Emberá, que, entre os séculos XVII e XVIII, migrou da Colômbia para

11 O Brasil foi condenado em 2018 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação dos direitos dos indígenas no "Caso Xucuru".

12 O caso refere-se à responsabilidade internacional do Panamá, relacionada à violação continuada do direito à propriedade coletiva dos povos indígenas Kuna de Madungandí ("Kuna") e Emberá de Bayano ("Emberá") e de seus membros, pelo alegado descumprimento do pagamento de indenizações relacionadas à desapropriação e inundação de seus territórios ancestrais, como consequência da construção da Represa Hidrelétrica do Bayano, entre os anos de 1972 e 1976. Para uma suma do caso, ver Mazzuoli (2019).

o território que hoje é panamenho. O povo Emberá de Alto Bayano dedica-se tradicionalmente à caça, à pesca e ao artesanato.

A construção do Complexo Hidrelétrico do Bayano foi projetada em 1963. O projeto implicava na inundação de aproximadamente 350 km² da área. No ano de 1969, o governo panamenho promulgou o Decreto de Gabinete n.º 123, o qual dispunha que, “[...] por motivo da construção do Projeto do Rio Bayano parte da atual reserva indígena, no Alto Bayano, será inundada pela obra da represa”, e que era “[...] dever do Estado prover a área necessária para o reassentamento dos moradores da mencionada reserva desalojados pela obra da represa”. Como compensação pela área da reserva indígena que seria inundada, cuja extensão era de 1.124,24 km², o governo dispôs-se à concessão de novas terras a leste da reserva com extensões de 457,11 km² e 426,33 km².

O Estado do Panamá iniciou a construção da hidrelétrica em 1972. Entre 1973 e 1975, foi realizado o deslocamento dos povos Kuna e Emberá do Alto Bayano para terras que posteriormente foram declaradas inadequadas e, assim, foram novamente realocados. Como consequência da construção, várias aldeias indígenas ficaram inundadas e seus habitantes foram removidos para novas terras, onde constantemente ocorriam conflitos com posseiros e grileiros. As indenizações acordadas não foram integralmente pagas.

O caso foi submetido à Corte IDH em 26 de fevereiro de 2013. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ajuizou o caso com base nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)¹³: 1) pela violação do artigo 21, combinado com os artigos 1.1 e 2, por “haver se absterido de outorgar uma justa e rápida indenização”, e por não ter fornecido ao povo Emberá e Kuna acesso efetivo a um título de propriedade coletiva sobre seus territórios, assim como ter se omitido de delimitar, demarcar e proteger efetivamente esses territórios; 2) pela violação dos artigos 8 e 25 combinados com os artigos 1.1 e 2, “[...] por não estabelecer um procedimento adequado e efetivo para a entrada na propriedade do território ancestral e para a sua proteção diante de terceiros”; 3) pela violação do artigo 24

13 Cf. Relatório de Mérito n.º 125/2012, da CIDH.

combinado com o artigo 1.1, “[...] pelo descumprimento da obrigação de garantir e de respeitar os direitos sem discriminação étnica e de fornecer proteção igualitária perante a lei”.

Após tentativa de acordo entre os povos e o Panamá ter sido frustrada por este último, a Corte IDH, por unanimidade, decidiu, em 14 de outubro de 2014, que:

El 14 de octubre de 2014 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”) dictó una Sentencia, mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Panamá por la violación del derecho a la propiedad colectiva por no delimitar, demarcar y titular las tierras asignadas al pueblo Kuna de Madungandí y a las Comunidades Emberá Ipetí y Piriati, y por no haber garantizado el goce efectivo del título de propiedad colectiva de la comunidad Piriati Emberá. Del mismo modo, el Tribunal consideró que el Estado era responsable por haber violado su deber de adecuar el derecho interno, por no haber dispuesto a nivel interno normas que permitan la delimitación, demarcación y titulación de tierras colectivas indígenas antes del año 2008, en perjuicio de los pueblos Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano, y sus miembros. Asimismo, el Tribunal encontró que el Estado es responsable por la violación a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio del pueblo Emberá de Bayano y sus miembros por considerar que los recursos incoados por éstos no contaron con una respuesta que permitiera una adecuada determinación de sus derechos y obligaciones. Finalmente, la Corte encontró que el Estado es responsable por la violación al principio del plazo razonable, en perjuicio del pueblo Kuna de Mandungandí y sus miembros, respecto de dos procesos penales y un proceso administrativo de desalojo de ocupantes ilegales. Por otra parte, el Tribunal aceptó una excepción preliminar planteada

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

por el Estado respecto de la falta de competencia ratione temporis relacionada con el alegado incumplimiento por parte del Estado del pago de ciertas indemnizaciones, tomando en consideración la fecha de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por Panamá, el 9 de mayo de 1990, y dado que los hechos relacionados con dichas indemnizaciones ocurrieron con anterioridad al referido reconocimiento (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883974349/expression/915264249>. Acesso em: 23 dez. 2024).

Em razão do decidido, a Corte IDH determinou que o Estado do Panamá indenizasse os povos indígenas, a título de danos materiais e imateriais, demarcasse as terras indígenas das quais estes foram removidos e fizesse ampla divulgação da condenação em meios oficiais internos.

A respeito da indenização a título de danos imateriais, a Comissão destacou, e a Corte IDH acolheu, que:

[...] a alienação dos territórios ancestrais implicou na perda de lugares sagrados, florestas, moradias, colheitas, animais, plantas medicinais que tinham não só um valor material, mas que constituíam um elemento essencial de identidade cultural e modo de vida tradicional, e, portanto, tratava-se — além de perdas materiais — também de perdas culturais e espirituais impossíveis de recuperar [...].

A remoção direta dos povos indígenas de seus territórios, acarretando a perda de décadas de conhecimento tradicional e simbiose com o ecossistema à sua volta pelo governo panamenho, foi considerado dano injusto material e moral, a ser reparado pecuniariamente.

Porém, nenhuma indenização pecuniária poderá realmente reparar todo o conhecimento e patrimônio cultural perdido pelos povos vitimados e pela humanidade.

2. Os povos indígenas da Volta Grande do Xingu - PA

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Os povos indígenas brasileiros da Volta Grande do Xingu estão localizados no Estado do Pará, próximos ao rio Xingu, e não pertencem ao Parque Indígena do Xingu, que se encontra no Estado do Mato Grosso.

Dentre as populações indígenas cujas vidas dependem do rio Xingu e seus afluentes, 11 etnias da região do Médio Xingu foram reconhecidas como atingidas pela UHE.

O represamento do rio Xingu, necessário à formação dos reservatórios aquíferos que permitem o funcionamento das turbinas hidroelétricas, originou o trecho de vazão reduzida, com diminuição do nível de água do rio por uma extensão de 100 quilômetros, onde vivem cerca de mil famílias ribeirinhas e indígenas, habitantes de comunidades tradicionais das margens do rio Xingu, além das populações residentes nas três terras indígenas localizadas na região: Terra Indígena (TI) Paquichamba, TI Arara da Volta Grande e TI Trincheira Bacajá (Chaves; Souza, 2018). O mapa da região está disponível em reportagens na internet (Instituto Socioambiental, 2013).

Afetados pelo empreendimento de Belo Monte e sob pressão do empreendimento de grande porte da Belo Sun¹⁴, os indígenas, que foram

14 Projeto para mineração de ouro na Volta Grande, da canadense Belo Sun Ltda., subsidiária da Belo Sun Mining Corporation. A mineradora — empresa de capital aberto que compõe o grupo Forbes & Manhattan INC — prevê investimentos da ordem de US\$ 1,2 bilhões e pretende extrair cerca de cinco toneladas de ouro por ano, ao longo de 12 anos, com possibilidade de prorrogação. A Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Pará licenciou a implantação do projeto de mineração, mas foi contestada por ações civis movidas pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela Defensoria Pública do Estado do Pará (DP - PA). A Belo Sun recebeu, em fevereiro de 2017, autorização para instalação da planta, porém a licença está suspensa desde março de 2017 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJPA), que alegou serem os estudos ambientais inconclusivos, e que faltariam estudos específicos sobre impactos aos povos indígenas que vivem a menos de 10 km da área de implantação da mina, exigindo que a consulta prévia aos povos indígenas seja realizada. Em 2018, a Justiça Federal decidiu que a competência para o licenciamento ambiental é do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), e não da Secretaria estadual, decisão confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cf. *(O)Eco*, 2023: “Licenciamento de Belo Sun é da competência do IBAMA, decide TRF1”. A decisão do TRF da 1ª Região foi confirmada no Supremo Tribunal Federal (STF) em 1º de setembro de 2022, mas não produz efeitos imediatos, em razão de uma decisão da presidência do STF em pedido de suspensão de liminar (cf. Ministério Público Federal, 2022).

>>|

<< Sumário

preteridos do direito constitucional de participarem do processo decisório, correm o risco de sofrerem uma remoção indireta de suas terras ancestrais, em virtude dos significativos impactos ambientais, especialmente a drástica redução do volume de água do rio, desviado para alimentar a UHE.

Alterações ambientais significativas ocorreram após o desvio das águas do rio, como a redução da pesca¹⁵, a alteração da navegabilidade e a redução da vazão de água. Além disso, o acesso à TI Paquiçamba, que era possível através do rio, agora só pode ser realizado por estradas, influenciando profundamente nos costumes dos habitantes.

O processo de extinção dos indígenas em razão do contato e das demandas dos europeus e dos brasileiros não é fato novo, tem origem na colonização e, como se vê, não cessou.

No início da ocupação dos territórios pelos conquistadores europeus, havia guerras diretas e escravização dos indígenas. Mesmo após destacadas autoridades da Igreja Católica Apostólica Romana se insurgirem contra as barbáries praticadas pelos europeus, reconhecendo aos indígenas o *status* de ser humano e nação estrangeira, o que deveria limitar as agressões para autorizar somente as chamadas “guerras justas”¹⁶, o processo de aniquilação dos povos originários continuou¹⁷.

Cunha e Barbosa (2018) dizem que a soberania dos povos indígenas na América foi questão fundamental na discussão da legitimidade dos títulos espanhóis e portugueses sobre o Novo Mundo, comumente se adotando a tese que melhor convinha aos conquistadores para justificar os sofrimentos infligidos aos indígenas.

15 Segundo Chaves e Souza (2018), desde o barramento do Xingu (em novembro de 2015), as populações que vivem no trecho de vazão reduzida denunciam transformações em seu *habitat* que ameaçam seu modo de vida. A redução do volume de peixes, mudanças na navegação, a alteração na qualidade da água por conta do apodrecimento de matéria orgânica no reservatório da usina e a diminuição do acesso a áreas comuns são exemplos de impactos causados pela UHE na região.

16 Guerras em legítima defesa ou para reparação a uma grave violação de um direito que não possa ser reparado de outro modo, por exemplo. Sobre a “guerra justa”, existem muitas doutrinas, e muitos doutrinadores se preocuparam com o tema. Para um resumo sobre o assunto, ver: Mello (2004).

17 A matança dos indígenas pelos portugueses é contada aos milhões e narrada com horror pelo Padre Antônio Vieira no século XVII, cf. transcrito em Lins (1966).

No século XX, a matança dos indígenas continuou, voluntária ou involuntariamente. Narra Antônio Cotrim Soares, ex-funcionário do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que, em 1965, uma expedição do órgão contatou os indígenas Kararaô, ocupantes da depois denominada TI Trincheira Bacajá: “[...] eram 48 índios Kararaô, fizemos contato. Morreram quase todos. Esse grupo desapareceu. Se teve sobreviventes, foram quatro ou cinco”. Um membro da expedição estava gripado e contaminou os indígenas, que eram isolados até aquele momento (Valente, 2016).

Os Arara da TI Arara da Volta Grande do Xingu eram reconhecidos por sua ferocidade contra os não indígenas. Em 1969, um grupo de invasores atacou e matou 12 indígenas Arara a tiros de espingarda, além de deixarem no local açúcar envenenado. Em 1970, com a construção da Transamazônica, cujo trajeto à época passou a aproximadamente três quilômetros da aldeia, os indígenas abandonaram as suas malocas e adentraram na mata profunda. A Transamazônica dividiu a etnia ao meio: metade ficou de um lado da estrada, e a outra, do outro lado (Valente, 2016).

Os Juruna da TI Paquichamba tiveram destino semelhante aos Arara. Segundo consta, no início do século XX, com o avanço da colonização amazonense, especialmente pela exploração dos seringueiros, os membros da etnia mais importante do Xingu, que em 1842 montava 2 mil indivíduos, foram dizimados por epidemias, pela escravidão e pelo assassinio, sobrando apenas 52 almas em 1916, o que levou o seu tuxaua Máma a fugir com 40 indivíduos rio acima para o Mato Grosso, onde fundou a comunidade Yudjá lá existente. Apenas 12 jurunas permaneceram na Volta Grande, vivendo próximos à cachoeira de Jericoá, e, nos anos 1970, em razão da construção da rodovia Transamazônica, precisaram se misturar com ribeirinhos e outros povos para sobreviverem (BBC News Brasil, 2019).

2.1 Ações judiciais

A inobservância do preceito constitucional previsto no parágrafo 3º do artigo 231 da CF, que garante aos povos indígenas serem ouvidos e consultados em caso de projetos para o aproveitamento dos recursos hídricos, potenciais energéticos e a lavra das riquezas minerais em suas terras, desencadeou uma série de ações judiciais movidas principalmente pelo Ministério Público Federal.

As violações ao direito constitucional dos povos originários, à legislação ambiental e aos atos normativos do IBAMA justificaram, segundo Castro (2017), 68 ações judiciais questionando os mais diversos aspectos dos planos para a instalação da hidrelétrica.

A CIDH também recebeu um pedido de medida cautelar¹⁸, em nome das comunidades indígenas de Arara da Volta Grande e Juruna, e das comunidades ribeirinhas do Arroz Cru e Ramal das Penas. Os peticionários aduziram que a construção do projeto ameaçava a vida e a integridade das comunidades indígenas e tradicionais, implicava o deslocamento forçado, a insegurança alimentar e hidrológica e propiciava o aproveitamento ilegal dos recursos naturais (Vieira, 2015). O governo brasileiro respondeu de forma bastante enérgica à cautelar, considerando as solicitações da CIDH “precipitadas e injustificáveis”, estabelecendo que os limites de atuação de órgãos internacionais devem respeito à soberania nacional (Vieira, 2015).

O fato é que, a partir da ação civil pública que o Ministério Público Federal (MPF) moveu contra o projeto da UHE, na qual alegou a nulidade do Decreto Legislativo 788/2005, que autorizou o Poder Executivo a implementar o empreendimento de aproveitamento hidroelétrico Belo Monte, e na qual conseguiu decisão favorável, posteriormente suspensa pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Reclamação n.º 14.404, o julgamento das demais ações, quando favoráveis ao pleito do MPF, tinham sua eficácia rapidamente suspensa, por meio do instrumento processual da suspensão liminar da antecipação de tutela¹⁹.

18 MC 382/2010 — Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu, Pará, Brasil.

19 O instituto jurídico surgiu com a Lei n.º 191/1936, já que previa a possibilidade de o presidente do tribunal competente para julgar o recurso, manter a execução do ato impugnado e, conseqüentemente, suspender a decisão judicial, a requerimento da pessoa jurídica de direito público e com a finalidade de evitar lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública. Essa lei foi revogada pelo então Código de Processo Civil de 1939, que manteve ainda, vale ressaltar, a previsão legal. De forma direta, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro integrando o processo de mandado de segurança, com a edição da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, que estabelece normas processuais relativas ao *mandamus*. Tal permissibilidade foi estendida às demais ações promovidas em desfavor do Poder Público, tais como: ação popular, ação civil pública e ação cautelar, de acordo com o disciplinado no art. 4º, § 1º, da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, e na Lei n.º 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança, mantidos atualmente os mesmos requisitos para o seu deferimento.

A posição do STF não é de acolher a interpretação dos dispositivos de proteção aos indígenas com a abrangência que esses povos esperam, como pode ser verificado no acórdão da Petição n.º 3388/RR – Raposa Serra do Sol. Nessa ação restou decidido o seguinte pelo STF:

11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa, a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios (Supremo Tribunal Federal, 2010).

A Segunda Turma do STF, no ARE n.º 803.462-AgR/MS, consolidou o seguinte entendimento sobre o “esbulho renitente”:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou como desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada (Supremo Tribunal Federal, 2014).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

A posição foi revisada no Recurso Extraordinário n.º 107365, que originou o tema 1031, instituindo-se uma definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena, à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Esse tema foi alvo do Poder Legislativo, que recriou o Marco Temporal, por meio da Lei 14.701/2023, cuja constitucionalidade é objeto de discussão e análise do STF nas ADIs 7582, 7583, 7586; ADO 86 e ADC 87.

Na prática, as decisões do STF limitaram os direitos indígenas, ao criar condicionantes ao exercício do direito. Segundo parecer jurídico exarado por José Afonso da Silva:

[...] não, não é correto interpretar a atual Constituição como se ela tivesse limitado os direitos ordinários dos povos indígenas às suas terras ao estado da ocupação em 5 de outubro de 1988, impedindo demarcação para etnias que só conseguiram retornar para suas terras depois dessa data (2016, p. 23).

Apesar da medida cautelar da CIDH, posteriormente arquivada após o envio das informações pelo governo brasileiro; apesar das solicitações e recomendações feitas pela Organização Internacional do Trabalho em 2006, e do relatório divulgado em 2012 pela Comissão de Especialistas em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, “confirmando a não realização de oitivas aos indígenas impactados pela implantação da UHE Belo Monte” (Grabner, 2015, p. 34-35), e, conseqüentemente, o flagrante descumprimento da Convenção n.º 169; apesar das diversas ações judiciais promovidas pelo MPF ou diretamente pelos povos afetados, nenhuma medida tentada no âmbito nacional ou internacional foi capaz de obstruir a conclusão e o funcionamento da usina hidrelétrica de Belo Monte, inaugurada em 27 de novembro de 2019 (Norte Energia, s. d.).

Os efeitos prejudiciais da construção e funcionamento da UHE para os povos indígenas afetados ainda não puderam ser totalmente aferidos, sendo hodiernamente objetos de estudo de pesquisadores das mais diversas áreas do conhecimento.

2.2 Comparação entre o caso dos povos Kuna e Emberá e os povos do Xingu

Assim como os povos Kuna e Emberá, os povos indígenas da Volta Grande do Xingu foram profundamente afetados pela construção de uma usina hidrelétrica. Os impactos socioambientais desse tipo de construção alteram significativamente o *habitat*. O represamento do curso de rios submerge grandes áreas de terra. Árvores, plantas, répteis, anfíbios, animais terrestres, pássaros e a ictiofauna são sacrificados nesse processo e impactam negativamente o clima com altas emissões de metano (Ziegler, 2021; Greenpeace Brasil, 2017).

O alagamento de grandes áreas pode significar a perda de importante parte da história da região. Segundo Leturcq (2016), no rio Uruguai — que possui cinco hidrelétricas — foram encontradas marcas de povoamentos datadas de aproximadamente 10 mil anos durante pesquisas arqueológicas, pois o rio era a principal fonte de subsistência dos povos Tupi-Guarani e Kaingang.

No caso dos povos Kuna e Emberá, que tradicionalmente ocupavam as terras onde a usina panamenha foi construída, a perda de suas terras ancestrais foi compensada mediante a promessa de pagamento de indenizações pecuniárias. Cabe salientar que os povos não possuíam mecanismos legais para se opor à posição do governo panamenho, uma vez que não havia dispositivos constitucionais ou legais que poderiam impedir sua remoção. Os indígenas seriam retirados de suas terras com ou sem a devida indenização, situação diversa da brasileira, na qual, apesar do aparato normativo de fonte nacional e internacional, o sistema de Justiça não funcionou de modo a evitar a remoção compulsória.

A indenização pelos prejuízos ao patrimônio cultural e ao conhecimento tradicional indígena panamenho, diretamente ligado às suas terras, só foi reconhecida com a sentença da Corte IDH, que, nos parágrafos 246 e 247, atribuiu o direito a uma justa indenização pela remoção dos indígenas de seu ambiente ancestral para um novo e diferente ecossistema.

No caso brasileiro, foi suprimido pelo Estado o direito de os povos indígenas serem ouvidos previamente, conforme determina o parágrafo 3º do artigo 231 da CF, e tal fato foi objeto de denúncia pelo MPF em ações civis públicas sem sucesso.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Na ação civil pública n.º 2006.39.03.000711-8, o MPF alegou a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n.º 788/2005, que autorizava o Poder Executivo a implantar o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte, por não ter ouvido previamente os povos indígenas atingidos em suas terras demarcadas, sendo os mesmos diretamente afetados pela construção da UHE. Ao final, a ação foi bem-sucedida, mas a UHE não será desativada e a compensação será pecuniária²⁰.

Os efeitos da construção da UHE foram deletérios aos povos tradicionais da região. Chaves e Souza (2018) relatam que, desde o barramento do Xingu, em novembro de 2015, as populações que vivem no trecho de vazão reduzida denunciam transformações em seu *habitat*, como a redução do volume de peixes, mudanças na navegabilidade, alteração na qualidade da água, por conta do apodrecimento de matéria orgânica no reservatório da usina, e constantes incursões de garimpeiros. Por sua vez, Andrade (2015) relata que o povo Kayapó lamentou a perda de plantas medicinais para o lago criado pela UHE, na ONU e em reuniões indígenas na cidade de Altamira.

Os danos experimentados pelas comunidades indígenas, que poderiam ser presumidos desde o início da obra, podem vir a dar azo a uma remoção indireta e tardia delas, as quais sairiam em busca de sobrevivência, e com a consequente perda de parte de seu conhecimento tradicional, podendo provocar, assim, sua própria extinção. Nesse sentido, o MPF intentou ação civil pública requerendo a declaração judicial da ação etnocida do Estado brasileiro. Os argumentos utilizados nessa ação se assemelham a um outro caso julgado pela Corte IDH, o “Caso Saramaka contra o Estado do Suriname”, em 2007.

O povo Saramaka vive no norte do rio Suriname, no país de mesmo nome, que faz parte da Pan-Amazônia. Não se trata especificamente de um povo indígena. Segundo o Direito brasileiro, eles seriam considerados um povo tradicional, nos moldes do Decreto n.º 6.040/2007, que se aplica também ao povo ribeirinho do Xingu, ou povo tribal, na nomenclatura da Convenção 169 da

20 Vide acórdão de Quartos Emb. Decl. no AgR. nos Terceiros Emb. Decl. no RE 1379751/PA, Relator Min. Alexandre de Moraes, em 17/06/2024.

OIT, podendo, dessa forma, ser o precedente aplicado também aos povos indígenas.

Na década de 1960, parte do território Saramaka foi inundado para a construção da Usina Hidrelétrica Afobaka, causando sua remoção forçada. Outra parte do território foi concedida pelo governo à exploração de madeira. Os impactos socioambientais foram a redução dos recursos de subsistência e a destruição de lugares sagrados. Diante da inércia do Suriname em promover a reparação dos danos, o caso foi levado à Corte IDH.

A referida Corte, ao analisar o caso, faz menção especial à relação do povo Saramaka com o território:

82. Sua cultura é também muito parecida com a dos povos tribais, já que os integrantes do povo Saramaka mantêm uma forte relação espiritual com o território ancestral que tradicionalmente usaram e ocuparam. A terra significa mais do que meramente uma fonte de subsistência para eles; também é uma fonte necessária para a continuidade da vida e da identidade cultural dos membros do povo Saramaka. As terras e os recursos do povo Saramaka formam parte de sua essência social, ancestral e espiritual. Neste território, o povo Saramaka caça, pesca e colhe, e coleta água, plantas para fins medicinais, óleos, minerais e madeira. Os sítios sagrados estão distribuídos em todo o território, toda vez que o território em si tem um valor sagrado para eles. Em especial, a identidade dos integrantes do povo com a terra está intrinsecamente relacionada à luta histórica pela liberdade contra a escravidão, chamada a sagrada “primeira vez”. Durante a audiência pública do presente caso o Capitão Chefe Wazen Eduards descreveu a especial relação que mantém com a terra do seguinte modo: “A floresta é como nosso mercado local; ali obtemos nossos medicamentos, nossas plantas medicinais. Ali caçamos para ter carne para comer. A floresta constitui verdadeiramente nossa vida inteira. Quando nossos ancestrais escaparam para a floresta, não

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

levavam nada com eles. Aprenderam como sobreviver, quais plantas comer, como administrar suas necessidades de subsistência uma vez que chegaram à floresta. É toda nossa forma de vida”.

[...]

120. Sobre este tema particular, a Corte argumentou previamente que a subsistência cultural e econômica dos povos indígenas e tribais e, portanto, de seus integrantes, depende do acesso e do uso dos recursos naturais de seu território “que estão relacionados com sua cultura e que nele se encontram” e que o artigo 21 protege o direito a estes recursos naturais (pars. 85-96 *supra*).

Sobre o uso dos recursos naturais por terceiros, a sentença assim se reporta:

122. Como foi mencionado anteriormente (pars. 85-96 *supra*), devido à conexão intrínseca entre os integrantes dos povos indígenas e tribais e seu território, para garantir sua sobrevivência é necessária a proteção do direito à propriedade sobre este território, de acordo com o artigo 21 da Convenção. Desse modo, o direito a usar e gozar do território careceria de sentido no contexto dos membros dos povos indígenas e tribais se este direito não estivesse conectado aos recursos naturais presentes dentro do território. Por essa razão, a reclamação pela titularidade das terras dos integrantes dos povos indígenas e tribais deriva da necessidade de garantir a segurança e a permanência do controle e uso dos recursos naturais, que por sua vez mantêm esse estilo de vida. Esta conexão entre o território e os recursos naturais necessários para sua sobrevivência física e cultural é exatamente o que é necessário proteger, de acordo com o artigo 21 da Convenção, a fim de garantir aos membros dos povos

indígenas e tribais o uso e gozo de sua propriedade. A partir desta análise, entende-se que os recursos naturais presentes nos territórios dos povos indígenas e tribais protegidos nos termos do artigo 21 são aqueles recursos naturais usados tradicionalmente, e que são necessários para a própria sobrevivência, desenvolvimento e continuidade do estilo de vida deste povo.

[...]

126. O Estado parece reconhecer que os recursos relacionados com a subsistência do povo Saramaka incluem os recursos relacionados com as atividades agrícolas, de caça e de pesca. Isso é consistente com a análise anterior da Corte sobre como o artigo 21 da Convenção protege o direito dos membros do povo Saramaka em relação aos recursos naturais que são necessários para sua subsistência física (pars. 120-122 *supra*). Entretanto, ainda que seja certo que toda atividade de exploração ou de extração no território Saramaka poderia afetar, em maior ou menor grau, o uso e gozo de algum recurso natural utilizado tradicionalmente para a subsistência dos Saramaka, também é certo que não se deve interpretar o artigo 21 da Convenção de maneira que impeça o Estado de emitir qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais dentro do território Saramaka. A água limpa natural, por exemplo, é um recurso natural essencial para que os membros do povo Saramaka possam realizar algumas de suas atividades econômicas de subsistência, como a pesca. A Corte observa que este recurso natural será provavelmente afetado por atividades de extração relacionadas com outros recursos naturais que não são tradicionalmente utilizados ou essenciais para a subsistência do povo Saramaka e, portanto, de seus membros (par. 152 *infra*). De modo similar, as florestas dentro do território Saramaka proporcionam morada para os distintos animais que caçam para sobreviver, e

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

é ali onde recolhem frutas e outros recursos essenciais para viver (pars. 82-83 *supra* e pars. 144-146 *infra*). Nesse sentido, as atividades das companhias madeireiras na floresta também poderiam afetar estes recursos de subsistência. Isto é, é muito provável que a extração de um recurso natural afete o uso e o gozo de outros recursos naturais necessários para a sobrevivência dos Saramaka (Ministério da Justiça, 2014).

Como medidas satisfativas e para garantir a não reincidência, a Corte IDH determinou que o Estado do Suriname reconhecesse a personalidade jurídica, a propriedade e a proteção judicial dos membros do povo Saramaka. Como medida indenizatória, foi condenado ao pagamento do valor de US\$ 75.000,00, a título de danos materiais pela extração da madeira, e US\$ 600.000,00, a título de danos imateriais pelo esbulho das terras ancestrais e do patrimônio cultural (Ministério da Justiça, 2014).

A semelhança do caso Saramaka, seja da perspectiva dos povos ribeirinhos do Xingu, seja dos povos indígenas atingidos, são inúmeras. Apesar disso, até o momento, as medidas compensatórias realizadas pelo consórcio, pelo governo federal e pelo governo estadual local não foram suficientes para mitigar os danos.

Recentemente, em março de 2025, o STF decidiu, cautelarmente, no Mandado de Injunção 7.490/DF, Relator Min. Flávio Dino, que o Congresso Nacional regulamente os arts. 176, §1º, e 231, §§ 3º e 6º, da CF, e, enquanto não suprida a omissão legislativa, que os indígenas participem nos resultados da UHE Belo Monte, recebendo 100% do valor repassado à União, “[...] na forma do art. 17, §1º, I, da Lei n.º 9.648/2020, a título de Compensação Financeira pela Utilização dos Recursos Hídricos (CFURH)” (Supremo Tribunal Federal, 2025).

3. A proteção do meio ambiente como um dos objetivos de desenvolvimento sustentável

Durante a construção de grandes empreendimentos, corriqueiramente são utilizados discursos populistas, defendendo a ideia de que determinada empreitada trará empregos e crescimento econômico. Em Belo Monte, foi utilizado o discurso de que o empreendimento era vital ao

interesse nacional, inclusive na ríspida resposta dada à Organização dos Estados Americanos (OEA) por representantes do governo brasileiro (Amato, 2011). Discursos dessa natureza não consideram a possibilidade de investimento em outras tecnologias para a produção da mesma quantidade de energia limpa, com impacto ambiental reduzido, comparados à quantidade de energia produzida por Belo Monte [que não ultrapassa 9,4 GW (Reuters, 2019), enquanto a produção de energia eólica no Brasil é de 15 GW (Agência Canal Energia, 2019)].

A ampliação do debate poderia inserir como argumento econômico a exploração sustentável da biodiversidade, em conjunto com os conhecimentos tradicionais indígenas, o que atrai indústrias de alta tecnologia e emprego qualificado, e é essencial para a preservação das florestas e da biodiversidade do planeta²¹.

No entanto, o que se constata é a prevalência de uma conduta paradoxal do governo, aderindo formalmente aos objetivos de desenvolvimento sustentável postos pela ONU²² — órgão internacional que mantém projetos em curso no território nacional para auxiliar o Brasil a alcançá-los — e, por outro lado, implementando uma UHE e um projeto de mineração grandioso sem respeito aos direitos dos indígenas sobre suas terras e sem assegurar que estes não sejam afetados prejudicialmente em seus meios de subsistência.

O respeito aos direitos dos povos indígenas e a preservação das suas comunidades territoriais são essenciais para o alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável que envolvam a preservação da floresta e dos recursos naturais, assim como para a erradicação da pobreza e a construção de um mundo no qual todos possam usufruir da paz e da prosperidade (United Nations, 2021).

Acrescente-se ainda o fato de que as TI diretamente afetadas pela construção aguardam o cumprimento das medidas de reparação anunciadas pelo governo federal e pelas empreiteiras, sofrendo também com as constantes invasões de suas terras realizadas por madeireiros, agricultores e grileiros (Valente, 2020).

21 Conf. Nações Unidas Brasil, 2021.

22 Os objetivos de desenvolvimento sustentável visam a combater a pobreza, promover o crescimento econômico, mas assegurando a proteção ao meio ambiente e ao clima (Sustainable Development Goals, s. d.).

Considerações finais

A construção e o funcionamento atual da UHE de Belo Monte, sem observar a determinação constitucional e convencional de consulta prévia dos povos indígenas envolvidos, à revelia das decisões judiciais proibitivas, respaldada em uma precária decisão da presidência do STF que suspendeu essas decisões, e sem uma efetiva e eficaz atuação dos órgãos internacionais para a proteção dos direitos dos indígenas, demonstra que o sistema de proteção dos direitos humanos dos povos tradicionais, em âmbito nacional e internacional, é precário e precisa ser urgentemente reforçado.

Também demonstra uma despreocupação do governo federal com os objetivos de desenvolvimento sustentável postos pela ONU, especialmente no que concerne à preservação das florestas e da biodiversidade em geral, assim como no que se refere à conservação dos conhecimentos tradicionais dos povos afetados, na manutenção da sua subsistência e do seu modo e qualidade de vida, e em assegurar aos indígenas o direito à propriedade de suas terras ancestrais e a uma vida digna.

Por fim, considerando que o STF já decidiu que o decreto legislativo que autorizou a obra é inconstitucional e que, mesmo assim, não deve ser a usina paralisada e desmontada — o cumprimento da decisão se limitará a indenizar os povos indígenas afetados em futuro ainda indeterminado —, também se pode deduzir que o prestígio jurídico e social do sistema judicial e de proteção dos direitos dos indígenas resta profundamente abalado.

Referências

AGÊNCIA CANAL ENERGIA. Energia eólica atinge 15 GW em capacidade instalada no Brasil. In: Canal Energia, 11 abr. 2019. Disponível em: <https://canalenergia.com.br/noticias/53096013/energia-eolica-atinge-15-gw-em-capacidade-instalada-no-brasil>. Acesso em: 3 ago. 2020.

AMATO, Fábio. Brasil é soberano, diz Lobão sobre recusa a discutir Belo Monte. In: G1 (Brasília), 25 out. 2011.

Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2011/10/brasil-e-soberano-diz-lobao-sobre-recusa-discutir-belo-monte.html>. Acesso em: 3 ago. 2025.

ANDRADE, Ugo Maia. PAC, índios e duas tragédias anunciadas. In: Anais da V Reunião Equatorial de Antropologia e da XIV Reunião de Antropologia do Norte e Nordeste (REA, ABANNE), 2015. Alagoas: UFAL, 2015. Disponível em: https://evento.ufal.br/anaisreaabanne/gts_download/Ugo%20Maia%20Andrade%20-%201019131%20-%203333%20-%20corrigido.pdf. Acesso em: 27 dez. 2024.

BBC NEWS BRASIL. FELLET, João. Como “fim do mundo” causado por Belo Monte reuniu indígenas separados há quase um século. In: BBC News Brasil (São Paulo), 11 set. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49653939>. Acesso em: 23 dez. 2024.

CASTRO, Edna Maria Ramos de (org.). *Territórios em transformação na Amazônia: saberes, rupturas e resistências (E-book)*. Belém: Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA) / Universidade Federal do Pará, 2017. Disponível em: <http://livroaberto.ufpa.br/jspui/handle/prefix/584>. Acesso em: 31 jul. 2020.

CHAVES, Kena Azevedo; SOUZA, Angelita Matos. Entre Belo Monte e Belo Sun, o Pará como espaço de espoliação e exceção: o caso da resistência Yudjá. In: ZAAR, Miriam; CAPEL, Horacio (coord.). *Las ciencias sociales y la edificación de una sociedad post-capitalista*. Barcelona: Universidad de Barcelona; Geocrítica, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Resumen. In: *Base de Datos de Jurisprudencia*, 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883974349/expressión/915264249>. Acesso em: 23 dez. 2024.

COUTINHO, Leonardo. A floresta dá dinheiro. In: *Veja*, São Paulo, n. 1.714, 22 ago. 2001.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (orgs.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2018.

GALVIS, Maria Clara; RAMIREZ, Angela. *Manual para defender os direitos dos povos indígenas e tradicionais*. Trad. Caroline Dias Huger e Daniel Cerqueira. Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2018. Disponível em: https://back.dplf.org/sites/default/files/povos_indigenas_web_c.pdf. Acesso em: 1 dez. 2024.

GRABNER, Maria Luiza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. In: *Boletim Científico ESMPU*, v. 14, n. 45, jul.-dez. 2015.

GREENPEACE BRASIL. Hidrelétricas na Amazônia: uma ameaça para o clima. In: Greenpeace, 9 fev. 2017. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/hidreletricas-na-amazonia-uma-ameaca-para-o-clima/>. Acesso em: 27 nov. 2024.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Justiça manda suspender o licenciamento da Belo Sun Mineração. In: Instituto Socioambiental, 21 nov. 2013. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/justica-manda-suspender-o-licenciamento-da-belo-sun-mineracao>. Acesso em: 23 dez. 2024.

KETTLE, Wesley. A importância dos povos indígenas para a preservação da natureza. In: MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (MCTI) — Museu de Astronomia e Ciências Afins (MAST), 19 abr. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mast/pt-br/assuntos/>

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

noticias/2023/abril/a-importancia-dos-povos-indigenas-para-a-preservacao-da-natureza. Acesso em: 20 dez. 2024.

LETURCO, Guillaume. Diferenças e similaridades de impactos das hidrelétricas entre o Sul e o Norte do Brasil. In: *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. XIX, n. 2, p. 267-290, abr.-jun. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/asoc/a/9mZ8DGhZwVZBNFkwZJRkPnf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 ago. 2020.

LEWINSOHN, Thomas Michael; PRADO, Paulo Inácio. *Biodiversidade brasileira: síntese do estado atual do conhecimento*. São Paulo: Contexto, 2002.

LINS, Ivan. *Aspectos e trechos escolhidos dos Sermões e cartas do Padre Antônio Vieira*. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1966.

MAZZUOLI, Valério. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. Rio de Janeiro: Editora Método, 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. In: *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. II. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE E MUDANÇA DO CLIMA. Povos e comunidades tradicionais. In: Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, s. d. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/povos-e-comunidades-tradicionais>. Acesso em: 20 dez. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. STF reconhece que o direito de consulta prévia dos povos indígenas afetados por Belo Monte foi violado. In: *Salada Verde*, 6 set. 2022. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/stf-reconhece-que-o-direito-de-consulta-previa-dos-povos-indigenas-afetados-por-belo-monte-foi-violado>. Acesso em: 23 dez. 2024.

MOTA, Mauricio. Os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e sua proteção pelas convenções internacionais. In: *Empório do Direito*. Disponível em: <https://www.emporiiododireito.com.br/leitura/os-conhecimentos-tradicionais-associados-a-biodiversidade-e-sua-protecao-pelas-convencoes-internacionais>. Acesso em: 29 jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Povos indígenas: ONU divulga relatório sobre direito a terra. In: *Notícias*, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/122678-povos-ind%C3%ADgenas-onu-divulga-relat%C3%B3rio-sobre-direito-terra>. Acesso em: 4 jan. de 2025.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. In: *Notícias*, s. d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 5 jan. 2025.

NORTE ENERGIA. Belo Monte: gigante de energia limpa no coração da Amazônica (*E-book*). Disponível em: <https://www.norteenergiasa.com.br/institucional#norte-history>. Acesso em: 1 ago. 2020.

REUTERS. Hidrelétrica de Belo Monte tem autorização para operação comercial de nova turbina. In: *Época Negócios*, 21 ago. 2019. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/08/>

epoca-negocios-hidreletrica-de-belo-monte-tem-autorizacao-para-operacao-comercial-de-nova-turbina.html. Acesso em: 3 ago. 2025.

(O)ECO. Licenciamento de Belo Sun é de competência do Ibama, decide TRF1. In: *Salada Verde*, 13 set. 2023. Disponível em: <https://oeco.org.br/salada-verde/licenciamento-de-belo-sun-e-de-competencia-do-ibama-decide-trf1/#:~:text=Licenciamento%20de%20Belo%20Sun%20%C3%A9%20de%20compet%C3%Aancia%20do%20Ibama%2C%20decide%20TRF1>. Acesso em: 5 jan. 2025.

SILVA, José Afonso da. Parecer jurídico sobre a situação do direito indígena à terra. Maio 2016. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf. Acesso em: 27 dez. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Medida cautelar no mandado de injunção 7.490/DF. Relator: Min. Flávio Dino. Julgamento: 11/03/2025. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15374651378&ext=.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Quartos Emb. Decl. no AgR. nos Terceiros Emb. Decl. no RE 1379751/PA, Relator Min. Alexandre de Moraes, em 17/06/2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/12/BELO-MONTE-STF.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 803462-AgR/MS. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 09/12/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/86393621Jurisprudência>. Acesso em: 5 jan. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Petição 3388/RR. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento: 19/12/2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/3817597>. Acesso em: 5 jan. 2025.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Terra Indígena Arara da Volta Grande do Xingu. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/4302>. Acesso em: 13 jan. 2021.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Terra Indígena Paquicamba. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/5350>. Acesso em: 13 jan. 2021.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. Terra Indígena Trinchreira Bacajá. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3609>. Acesso em: 13 jan. 2021.

UNITED NATIONS. Seventeen Goals to Transform Our World. In: *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/>. Acesso em: 17 nov. 2025.

UNITED NATIONS. *State of the World's Indigenous Peoples: Rights to Lands, Territories and Resources*. 5th Volume. New York: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, 2021. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2021/03/State-of-Worlds-Indigenous-Peoples-Vol-V-Final.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2025.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. What do the Sustainable Development Goals have to do with Indigenous people? In: United Nations Development Programme, 8 ago. 2023. Disponível em: <https://stories.undp.org/what-do-the-sustainable-development-goals-have-to-do-with-indigenous-people>. Acesso em: 5 jan. 2025.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

VALENTE, Rubens. Invasores de terra indígena cercam base e ameaçam fiscais do Ibama no Pará. In: *UOL Notícias*, 19 nov. 2020. Colunas. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/11/19/invasores-terra-indigena-fiscalizacao-ibama.htm>. Acesso em: 13 jan. 2025.

VALENTE, Rubens. *Os fuzis e as flechas: histórias de sangue e resistência indígena na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

VIEIRA, Flávia do Amaral. *Direitos humanos e desenvolvimento na Amazônia: Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Dissertação (Mestrado), 243 p. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

WORLD BANK GROUP. Relatório do Banco Mundial propõe novo modelo de desenvolvimento para a Amazônia Legal Brasileira. In: *News*, Brasília, 9 maio 2023. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2023/05/09/brazil-world-bank-report-calls-for-a-new-development-model-amazonian-states>. Acesso em: 29 nov. 2024.

ZIEGLER, Maria Fernanda. Reservatório de Belo Monte triplicou emissão local de gases de efeito estufa. In: Agência FAPESP, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://agencia.fapesp.br/reservatorio-de-belo-monte-triplicou-emissao-local-de-gases-de-efeito-estufa/36391>. Acesso em: 26 nov. 2024.

A democracia militante no mundo contemporâneo: fundamentos, limites e o caso brasileiro

Militant democracy in the contemporary world: foundations, limits, and the brazilian case

ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE¹ 

Resumo

O artigo examina a doutrina da democracia militante como imperativo ético e institucional no mundo contemporâneo. Formulada por Karl Loewenstein em 1937, a teoria é reinterpretada à luz das novas formas de erosão democrática e do “legalismo autocrático” descrito por Kim Lane Scheppele e András Sajó. Sustenta-se que a democracia militante não constitui uma doutrina de exceção, mas um princípio estrutural de autodefesa democrática, indispensável para preservar o Estado de Direito contra atores que utilizam as liberdades políticas para corroer a própria ordem constitucional. Após reconstruir as bases históricas e teóricas da doutrina, o texto discute suas principais críticas e implicações para a liberdade de expressão, com destaque para

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pesquisador associado do Rule of Law Working Group of CEU Democracy Institute. Professor do Programa de Pós-graduação da UNESA. Presidente do Fórum Permanente de Liberdade de Expressão, Liberdades Fundamentais e Democracia da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Coordenador do Núcleo de Pesquisas sobre Liberdade de Expressão e de Imprensa e Mídias Sociais da EMERJ.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2257-098X>

o discurso de ódio e a desinformação. Examina também o papel do Poder Judiciário — especialmente das cortes constitucionais — como salvaguarda da democracia, tomando como exemplos paradigmáticos o caso Trump v. United States (2024) e a experiência brasileira recente. Conclui que a democracia militante, longe de representar ameaça à liberdade, constitui sua condição de possibilidade em tempos de autoritarismo disfarçado de legalidade, exigindo a formação de um *ethos democrático militante nas instituições e na sociedade*.

Palavras-chave: democracia defensiva; populismo autoritário; liberdade de expressão; desinformação; discurso de ódio.

Abstract

This article examines the theory of militant democracy as an ethical and institutional imperative in the contemporary world. Originating from Karl Loewenstein's 1937 formulation, the concept is reinterpreted here in light of the new forms of democratic erosion and "*autocratic legalism*" described by Kim Lane Scheppele and András Sajó. The text argues that militant democracy should not be viewed as an exceptional doctrine, but rather as a structural principle of democratic self-defense, necessary to preserve the rule of law against those who exploit freedom as an instrument of domination. After reconstructing the historical foundations and theoretical developments of the doctrine, the article examines the primary criticisms of militant democracy and their implications for freedom of expression, particularly in relation to hate speech and disinformation. It then analyzes the role of the judiciary — particularly constitutional courts — as a safeguard of democracy, using the case Trump v. United States (2024) as a negative paradigm and the Brazilian experience between 2018 and 2023 as an empirical example of democratic resilience. The conclusion emphasizes that militant democracy is not a threat to freedom, but its condition of possibility in times of danger, demanding the cultivation of a militant democratic *ethos within institutions and society*.

Keywords: defensive democracy; populist authoritarianism; freedom of expression; disinformation; hate speech.

Introdução: a democracia em tempos de erosão interna

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

A capacidade de autopreservação das instituições democráticas tornou-se uma questão central em um cenário global de erosão silenciosa, em que os regimes constitucionais são corroídos de dentro para fora, de forma gradual e muitas vezes imperceptível.

O fenômeno manifesta-se de formas distintas: na Hungria de Viktor Orbán, onde o projeto declarado de “democracia iliberal” materializa-se no sistemático esvaziamento dos freios e contrapesos, corroendo ativamente a independência judicial e submetendo a liberdade de imprensa ao controle estatal; na Turquia de Recep Tayyip Erdoğan, cujo hiperpresidencialismo autoritário, consolidado sob um estado de exceção permanente, instrumentaliza as instituições para a repressão política e a supressão do dissenso; e na Índia de Narendra Modi, onde a ascensão de um nacionalismo étnico-religioso que privilegia a maioria hindu e a concentração de poder promovem, a partir do Estado, a redefinição da cidadania e a marginalização sistemática de minorias, comprometendo os fundamentos seculares da democracia indiana.

Na Rússia de Vladimir Putin, paradigma do autoritarismo competitivo, em que eleições controladas, perseguição à imprensa independente e repressão sistemática à oposição desmontaram progressivamente os mecanismos de controle do poder²; na Venezuela do então presidente Nicolás Maduro, cuja retórica revolucionária encobriu a captura das instituições, a perseguição de opositores e o desmonte das garantias eleitorais (Corrales, 2015, p. 37-51); e, mais recentemente, nos Estados Unidos, onde o populismo autoritário de Donald Trump se caracteriza pelo desafio sistemático à integridade eleitoral, pelo desprezo à independência dos poderes, pela governança por meio de decretos executivos que invadem esferas legislativas e pela adoção de políticas que violam o devido processo legal aplicável a imigrantes e minorias, expondo a fragilidade das normas constitucionais informais e desencadeando uma crise de confiança nas instituições democráticas (Krastev; Holmes, 2019).

2 Sobre a degeneração democrática na Rússia: “Russia: Freedom in the World 2025 Country Report”. In: Freedom House. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/russia/freedom-world/2025>. Acesso em: 26 out. 2025.

>>|

<< Sumário

Esses casos não são exceções isoladas, mas manifestações de um padrão global de retrocesso democrático, documentado por organismos internacionais de pesquisa política comparada. Segundo o V-Dem Institute (Varieties of Democracy Project), diversas democracias contemporâneas apresentam sinais consistentes de declínio, marcados pela captura das instituições de controle, pela restrição ao pluralismo e pela conversão gradual de regimes representativos em autocracias eleitorais (V-Dem Institute, 2024; Freedom House, 2023).

O ressurgimento do extremismo político em diferentes partes do mundo decorre de fatores estruturais e conjunturais que abalaram a confiança nas instituições e aprofundaram as divisões sociais. A erosão democrática raramente se produz por rupturas súbitas; em geral, resulta de um processo lento de normalização do discurso autoritário e de deslegitimação dos freios institucionais (Barroso, 2022; Huq; Ginsburg, 2018). Entre as causas mais recorrentes estão a *descrença na política tradicional* e a *crise de representação*, que abriram espaço para líderes que se apresentam como *outsiders*, portadores de uma suposta “autenticidade popular”, em “oposição às elites políticas”. A *retórica populista*, amplificada pelas redes sociais, transforma minorias em bodes expiatórios — imigrantes, refugiados, grupos raciais, étnicos ou sexuais —, fomentando o medo e a hostilidade como instrumentos de mobilização. O *anti-intelectualismo* e o *discurso moralizante sobre temas como aborto, drogas e costumes* reforçam uma polarização identitária que substitui o debate racional por lealdades afetivas e tribais. Crises econômicas e migratórias, desigualdade crescente e a disseminação de *mensagens de ódio* e de *desinformação* nas redes digitais completam esse quadro, criando terreno fértil para movimentos que prometem restaurar uma ordem perdida à custa da negação do pluralismo.

A atualidade do conceito de *democracia militante* (*militant democracy*) revela-se precisamente nesse cenário de degradação interna das instituições democráticas. Formulado em 1937 pelo jurista alemão exilado Karl Loewenstein, em reação à ascensão do fascismo na Europa, o conceito retorna ao debate contemporâneo com renovada urgência.

O verdadeiro teste das democracias não está em resistir a inimigos declarados, que rejeitam abertamente o regime e recorrem à força para derrubá-lo, mas em reconhecer aqueles que se

revestem do manto da legalidade e da liberdade, apresentando-se como defensores da ordem, enquanto corroem, de forma gradual e calculada, os fundamentos do sistema democrático. Diferentemente dos golpistas clássicos, esses atores buscam legitimar sua ambição autoritária, apropriando-se da linguagem e dos símbolos da democracia.

Em sua retórica, simulam a gramática democrática, invocando expressões como “vontade do povo”, “soberania popular” e “defesa da nação”, enquanto, na prática, negam os valores centrais que essas ideias representam. Utilizam o vocabulário da liberdade e o apelo nacionalista para mascarar seu projeto de concentração de poder, exclusão de minorias e supressão do dissenso. O resultado é o enfraquecimento gradual das instituições representativas e a conversão do discurso democrático em instrumento de erosão da própria democracia.

A distorção deliberada das regras e dos ideais democráticos, transformados em meios de dominação, confere nova atualidade ao conceito de *democracia militante* formulado por Karl Loewenstein. Diante da ascensão do fascismo na Europa, Loewenstein observou que as democracias liberais estavam sendo destruídas, não por golpes de força, mas pela exploração calculada de suas próprias liberdades institucionais. Sua proposta, então inovadora, consistia em afirmar o direito e o dever das democracias de se protegerem contra aqueles que, sob o pretexto de exercê-las, pretendem eliminá-las.

Loewenstein advertiu que a tolerância ilimitada das democracias liberais pode ser explorada por forças que se valem de suas próprias garantias para alcançar fins autoritários. Sua proposta era inequívoca: para sobreviver, a democracia deve tornar-se “militante”, isto é, criar mecanismos jurídicos e institucionais capazes de impedir, de modo *preventivo e proporcional*, a ascensão de atores que buscam suprimir o próprio sistema que lhes abriu o caminho ao poder.

Nas décadas seguintes, a reflexão de Loewenstein foi progressivamente refinada e institucionalizada, sobretudo na Alemanha do pós-guerra, cuja Lei Fundamental consagrou o princípio da *Streitbare Demokratie* (*democracia combativa*), conceito que o debate público alemão também difundiu sob a designação de *Wehrhafte Demokratie*, a *democracia resistente*.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Autores contemporâneos como Kim Lane Scheppele, András Sajó, Alexander Kirshner e Bastiaan Rijpkema ampliaram e atualizaram a doutrina, propondo instrumentos institucionais de resistência democrática e critérios normativos para sua aplicação legítima. Para esses autores, a autodefesa democrática não se confunde com autoritarismo preventivo nem com o uso abusivo do direito contra opositores, mas expressa um compromisso estrutural com a preservação das condições que tornam possível a própria democracia.

O Brasil viveu, nos últimos anos, um teste decisivo de sua resiliência democrática, marcado por evidentes manifestações do princípio da democracia militante. A escalada de ataques às instituições e a disseminação em massa de desinformação, que culminaram na tentativa de golpe de Estado de 8 de janeiro de 2023, não constituem fatos isolados, mas sim resultado de uma estratégia deliberada de desmonte da ordem constitucional, a partir do interior do próprio sistema democrático.

A experiência brasileira confirma a pertinência contemporânea da democracia militante, mas também revela um desafio teórico mais amplo: *como defender a democracia sem trair seus próprios fundamentos?* O problema não está na autodefesa em si, mas no risco de que mecanismos concebidos para proteger a ordem democrática sejam, em determinados contextos, instrumentalizados para restringi-la. Rosalind Dixon e David Landau advertiram sobre esse perigo, ao descrever o fenômeno do *abusive constitutional borrowing* (*empréstimo constitucional abusivo*), pelo qual instrumentos destinados à salvaguarda da democracia são apropriados por regimes autoritários ou iliberais e utilizados para legitimar o enfraquecimento desses regimes (Dixon; Landau, 2021). De modo convergente, a *teoria da democracia agonística*, de Chantal Mouffe, alerta que a supressão excessiva do conflito político — quando o adversário legítimo é confundido com um inimigo a ser eliminado — mina o pluralismo que sustenta a vitalidade democrática (Mouffe, 2000).

A tese que orienta essa reflexão é a de que a democracia exige, não apenas tolerância, mas também limites firmes contra aqueles que transformam a liberdade em arma de destruição institucional. A verdadeira tolerância não consiste em aceitar o intolerável, mas em *proteger o espaço do dissenso legítimo diante de quem procura suprimi-lo*. A lucidez para distinguir entre o conflito democrático e a

ameaça antidemocrática, bem como a determinação de agir *dentro da lei* para conter quem busca destruir a própria democracia, são condições indispensáveis à sobrevivência do regime democrático, quando este se vê atacado a partir de seu próprio interior.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

1. As origens do conceito de democracia militante: Loewenstein e a defesa contra os inimigos internos da democracia

O conceito de *democracia militante* surgiu em um contexto histórico preciso e traumático: o colapso da República de Weimar e a ascensão do nazismo na Alemanha. Seu formulador, o jurista Karl Loewenstein, publicou, em 1937, no exílio, dois artigos seminais na *American Political Science Review*, sob o mesmo título — “Militant democracy and fundamental rights” —, nos quais diagnosticava uma vulnerabilidade fatal das democracias liberais: sua passividade diante de inimigos que não buscam disputar o jogo político, mas destruí-lo (Loewenstein, 1937a; 1937b).

A análise de Loewenstein representou uma ruptura com a ortodoxia liberal de seu tempo. Enquanto a tradição predominante sustentava que o Estado deveria manter uma neutralidade estrita diante de todas as correntes políticas, inclusive das antiliberais, Loewenstein advertia que essa postura representava uma forma de “complacência legalista” (*legalistic self-complacency*) e de “letargia suicida” (*suicidal lethargy*) (Loewenstein, 1937a, p. 423)³. Para Loewenstein, o otimismo liberal e a crença na vitória inevitável do espírito sobre a força apenas encorajavam o fascismo e enfraqueciam a capacidade de autodefesa da própria democracia.

Segundo o referido jurista, o fascismo não constituía uma ideologia rival, mas uma “técnica de poder” (Loewenstein, 1937a, p. 423) que explorava as próprias liberdades democráticas — de expressão, associação e participação eleitoral — para desmoralizar e

3 No trecho original, o autor critica a passividade liberal diante da ascensão do fascismo, afirmando que “at last, however, legalistic self-complacency and suicidal lethargy gave way to a better grasp of realities” (1937a, p. 423), em referência à complacência legalista e à letargia suicida das democracias que, apegadas ao formalismo jurídico, se mostraram incapazes de reagir a tempo às ameaças autoritárias.

>>|

<< Sumário

paralisar as instituições representativas, até torná-las incapazes de funcionar. O colapso da República de Weimar ofereceu-lhe a ilustração trágica e exemplar desse processo.

Criada em 1919, após a Primeira Guerra Mundial, como a primeira experiência democrática alemã, a República de Weimar converteu-se no palco de sua própria dissolução. O Partido Nazista, em rápida ascensão política, utilizou-se estrategicamente do parlamento, da imunidade parlamentar e da liberdade de imprensa para minar a confiança na democracia, enquanto mobilizava suas milícias paramilitares — as SA (*Sturmabteilung*, ou “Tropas de Assalto”) —, instaurando um clima de intimidação e violência. A resposta dos sucessivos governos foi marcada por deferência excessiva a um formalismo legal já corroído, o que impediu uma reação eficaz, diante do avanço autoritário. Essa combinação de intimidação violenta e manipulação institucional pavimentou o caminho para que Hitler fosse nomeado chanceler dentro da normalidade constitucional em 1933. Investido no cargo, utilizou o Decreto do Incêndio do Reichstag e a Lei de Plenos Poderes (*Ermächtigungsgesetz*) para esvaziar a democracia por dentro. Assim, ela não foi derrubada por um golpe externo, mas entregue “legalmente” a Adolf Hitler, por meio de seu próprio arcabouço institucional⁴.

Diante desse diagnóstico, Loewenstein sustentou que, para se preservar, a democracia deve criar mecanismos jurídicos de autodefesa contra movimentos que se valem de suas próprias liberdades para destruí-la. Essa ideia, formulada em 1937, levou-o a identificar, com base em experiências europeias, um conjunto sistemático de medidas que denominou “arsenal de defesa” da

4 Para uma análise detalhada do processo que levou da nomeação de Hitler à promulgação da Lei de Plenos Poderes, conferir Evans (2016), particularmente os capítulos 3 a 5 da Parte Três, intitulada “A tomada do poder”. Evans documenta minuciosamente como a estratégia nazista de combinar violência paramilitar das SA com a exploração de instituições democráticas — incluindo a nomeação constitucional de Hitler como chanceler (cap. 3), a promulgação do Decreto do Incêndio do Reichstag (cap. 4) e a aprovação da Lei de Plenos Poderes (cap. 5) — permitiu a destruição sistemática da democracia alemã, a partir do próprio ordenamento jurídico. A obra oferece uma reconstrução histórica do processo que Karl Loewenstein testemunhou e que fundamentou sua teoria da democracia militante.

democracia. Entre elas figuravam: a proibição e dissolução de partidos subversivos; a limitação do uso abusivo de liberdades fundamentais — como as de expressão, reunião e associação —; a vedação de milícias e símbolos partidários de caráter militar; a restrição de imunidades parlamentares empregadas para fins antidemocráticos; a exclusão de servidores e militares engajados em atividades contrárias à ordem constitucional; e a criação de órgãos administrativos e policiais especializados na vigilância de movimentos extremistas. Essas medidas, sistematizadas em 14 categorias, visavam a impedir que o fascismo continuasse a manipular a legalidade para corroer o próprio Estado de Direito⁵.

Loewenstein não propunha replicar a técnica emocional nem a violência instrumentalizada pelos inimigos da democracia. Concebia a autodefesa democrática como tarefa *jurídico-política*, ancorada em *legislação e ação administrativa proporcionais*, voltadas à preservação do funcionamento das instituições e da integridade do processo representativo. A defesa, dizia, deve operar em “linhas políticas e legislativas”, pois a democracia é incapaz de responder a um ataque emocional com outro ataque emocional. Ao sistematizar 14 categorias de medidas, ele não concedeu licença para perseguição, mas delineou um *arsenal normativo destinado a impedir que as liberdades se voltassem contra a própria ordem constitucional*.

A recepção inicial da teoria foi controversa. Setores do pensamento liberal acusaram-na de abrir um precedente perigoso para restrições aos direitos e perseguições políticas. Loewenstein respondeu que o verdadeiro risco residia na *tolerância legalista*, que permitia aos extremistas converter o próprio mecanismo da democracia em um “cavalo de Troia”, valendo-se das liberdades de expressão, de imprensa e de reunião, bem como de imunidades parlamentares, para paralisar o sistema até a tomada “legal” do poder. Advertiu ainda contra o excesso de confiança no texto normativo:

5 Cf. Karl Loewenstein (1937b, p. 645-656, especialmente a seção intitulada “*The various legislative measures may be grouped along the following lines*”, em que o autor descreve 14 tipos de medidas de autodefesa democrática adotadas em países europeus, entre as décadas de 1920 e 1930).

[...] o estatuto legal é apenas um expediente subsidiário da vontade militante de autoconservação; mesmo as leis mais bem elaboradas não têm valor algum se não forem sustentadas por uma vontade indômita de sobrevivência (1937b, p. 657)⁶.

A reflexão de Loewenstein parte da ideia de que a democracia é um regime que precisa organizar politicamente sua autodefesa quando forças antidemocráticas a ameaçam. Essa defesa deve realizar-se *por meio de instrumentos normativos e institucionais, não por uma mística mobilizadora ou pela simples fé na resiliência das instituições*, e supõe a combinação entre o desenho legal e a decisão política de aplicá-lo. Elaborada no contexto das crises políticas do período entre as duas guerras mundiais, essa concepção serviu de referência para desenvolvimentos posteriores, sobretudo na experiência constitucional alemã, tema do próximo tópico.

2. A evolução do conceito: institucionalização e atualização teórica

A formulação seminal de Karl Loewenstein encontrou sua expressão normativa mais influente no constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial. O trauma do colapso da República de Weimar e a experiência do totalitarismo nazista levaram os constituintes da Alemanha Ocidental a rejeitar explicitamente o modelo de neutralidade estatal. A Lei Fundamental de Bonn, promulgada em 1949, consagrou o princípio da democracia militante ou resistente (*Wehrhafte Demokratie*), transformando a autodefesa do Estado democrático em dever constitucional.

Essa virada paradigmática concretizou-se em dispositivos específicos da Constituição alemã, entre os quais: (i) o art. 21, § 2º, que autoriza a proibição de partidos cujos objetivos ou conduta

6 Cf. redação original: “[...] the statute-book is only a subsidiary expedient of the militant will for self-preservation. The most perfectly drafted and devised statutes are not worth the paper on which they are written unless supported by indomitable will to survive.”.

de seus adeptos atentem contra a ordem fundamental livre e democrática; (ii) o art. 18, que prevê a perda de direitos fundamentais, como as liberdades de expressão e reunião, por quem os utilize para combater a ordem constitucional; e (iii) o art. 79, § 3º, a chamada “cláusula de eternidade”, que torna imunes à reforma os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, incluindo a dignidade humana e a forma federativa⁷.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) foi decisiva para conferir efetividade a esses princípios. Em decisões históricas, como as que proibiram o Partido Socialista do Reich (neonazista, 1952)⁸ e o Partido Comunista da Alemanha (1956)⁹, o Tribunal consolidou uma interpretação substantiva da “ordem fundamental livre e democrática”, exigindo não apenas um programa antidemocrático, mas também uma *atuação ativa e ofensiva* contra a ordem constitucional. Nos processos mais recentes envolvendo o Partido Nacional-Democrata da Alemanha (NPD)¹⁰, manteve-se o rigor conceitual: negou-se a proibição por falta de prova de sua capacidade efetiva de alcançar os objetivos antidemocráticos, mas reafirmou-se a legitimidade do instrumento de defesa.

7 Cf. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Lei Fundamental da República Federal da Alemanha], de 23 de maio de 1949, arts. 18, 21(2) e 79(3). Esses dispositivos consagram o princípio da *Wehrhafte Demokratie* (democracia capaz de se defender), expressão do aprendizado histórico com o colapso da República de Weimar. Sobre o tema, ver: Kommers e Miller (2012, p. 149-155) e Grimm (2016, p. 149-155).

8 Cf. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* 2, 1 (1952) – *Sozialistische Reichspartei (SRP)*. Decisão de 23 de outubro de 1952. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade e determinou a dissolução do partido, por considerá-lo sucessor ideológico do nazismo e ameaça concreta à ordem democrática. Texto integral disponível em: *BVerfGE*, Band 2, p. 1-73.

9 Cf. *BVerfGE* 5, 85 (1956) – *Kommunistische Partei Deutschlands (KPD)*. Decisão de 17 de agosto de 1956. O Tribunal entendeu que o KPD visava a instaurar uma ditadura marxista-leninista incompatível com a ordem fundamental livre e democrática. Texto integral disponível em: *BVerfGE*, Band 5, p. 85-144.

10 Cf. *BVerfGE* 107, 339 (2003) e *BVerfGE* 144, 20 (2017) – *Nationaldemokratische Partei Deutschlands (NPD)*. Nas duas decisões, o Tribunal reconheceu o caráter antidemocrático do partido, mas, na última, concluiu pela improcedência do pedido de proibição, por ausência de evidências de capacidade real de concretização de seus objetivos. Textos disponíveis em: *BVerfGE*, Band 107, p. 339-394; Band 144, p. 20-350.

O modelo alemão exerceu influência marcante sobre outros ordenamentos constitucionais, mas também suscitou críticas quanto ao risco de que a autodefesa democrática, se aplicada de forma excessiva, se converta em instrumento de repressão política. Diversos autores advertiram que a lembrança do colapso de Weimar pode levar democracias a reagirem de forma precipitada, restringindo o pluralismo e o dissenso em nome de sua própria preservação. Foi nesse contexto que uma nova geração de teóricos reformulou a doutrina para enfrentar ameaças mais sutis e complexas do que a tomada de poder frontal (Sajó, 1998, p. 701-732; Issacharoff, 2007, p. 1.420-1.467)¹¹.

Alexander Kirshner, em *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism* (2014), propõe uma reconstrução normativa da doutrina da democracia militante, sob uma *perspectiva liberal igualitária e deliberativa*. Inspirado em autores como John Rawls e Ronald Dworkin, busca compatibilizar o dever de autodefesa democrática com o respeito aos direitos políticos fundamentais de todos os cidadãos, inclusive daqueles que rejeitam o próprio regime. Seu ponto de partida é o princípio participatório (*participatory principle*), segundo o qual todos têm um direito moral e político básico à participação em condições de igualdade, inclusive os antidemocratas, salvo quando demonstram, por atos concretos, a intenção de eliminar as condições que tornam essa participação possível (Kirshner, 2014).

Kirshner afasta-se tanto das concepções que conferem ao Estado *poder discricionário para suspender direitos em nome da autopreservação* quanto das versões *puramente procedimentais* que tornam a democracia vulnerável a quem pretende destruí-la por dentro. Para ele, a exclusão política deve ser uma medida excepcional e instrumental, justificada, não pelo conteúdo das ideias, mas pela incompatibilidade funcional entre a atuação de determinado grupo e a continuidade do processo democrático (Kirshner, 2014, p. 130). Não se exclui quem defende ideias contrárias à ordem

11 Ambos os autores destacam que o excesso de medidas defensivas pode corroer o próprio pluralismo que a democracia pretende proteger, criando tensões entre segurança institucional e liberdade política.

democrática, mas apenas quem, se chegasse ao poder, destruiria as condições da competição livre e igualitária — o *pluralismo*, a *alternância no poder* e a *liberdade de expressão*.

Sua teoria distingue entre ameaças contingentes e ameaças estruturais à democracia: as primeiras dizem respeito a pessoas ou grupos radicais que, apesar do discurso, ainda operam dentro das regras do jogo democrático; as segundas referem-se a forças que pretendem subverter de modo permanente as condições de autogoverno. Apenas neste último caso a exclusão se justifica e, mesmo assim, deve ser condicional, temporária e orientada à restauração da normalidade democrática.

Kirshner caracteriza essa concepção como uma *teoria auto-limitada da democracia militante* (*self-limiting theory of militant democracy*): a defesa da democracia deve respeitar os próprios princípios que pretende preservar, sob pena de incorrer no “paradoxo da democracia militante” (Kirshner, 2014, p. 18), isto é, a possibilidade de que as medidas para conter as ameaças à democracia acabem por degradá-la (Kirshner, 2014, p. 2). O uso da coerção só é legítimo se compatível com a preservação da autonomia moral dos cidadãos e com a integridade dos valores constitutivos do regime democrático. A democracia militante, portanto, não é um instrumento de autopreservação a qualquer custo, mas um exercício de coerência normativa: restringir direitos políticos é admissível apenas quando indispensável à proteção das condições que tornam possível a igualdade democrática (Kirshner, 2014, p. 137).

Alguns anos depois, Bastiaan Rijpkema, em *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance* (2018), aprofundou e sistematizou a doutrina, a partir de uma leitura que dialoga com a formulação liberal de Kirshner, mas recoloca o problema em termos filosóficos mais amplos. Inspirando-se na experiência constitucional alemã e na formulação de Karl Popper sobre o *paradoxo da tolerância*, Rijpkema parte da premissa de que a democracia não pode conceder proteção ilimitada a quem pretende destruí-la¹².

12 O autor revisita a doutrina de Karl Loewenstein, incorporando o paradoxo da tolerância formulado por Karl Popper em *A sociedade aberta e seus inimigos* (1945) [1987], para sustentar que a democracia deve reconhecer um limite normativo à sua própria tolerância, a fim de preservar as condições que tornam possível a liberdade.

Essa defesa é necessária porque *a democracia é o único regime dotado de capacidade de autocorreção*: o povo governa-se revendo continuamente suas decisões, e suprimir a democracia significa eliminar essa capacidade de revisão (2018, p. 133 e seguintes).

A contribuição de Rijpkema consiste em transformar a *autodefesa democrática* em *princípio estrutural e permanente do Estado de Direito*, e não em resposta ocasional a ameaças pontuais. A democracia militante, em sua leitura, é um instrumento institucional que protege as condições de possibilidade da tolerância e da liberdade política. Essa proteção, porém, deve operar dentro das fronteiras do constitucionalismo e sob controle judicial de proporcionalidade e necessidade, a fim de evitar que a defesa da democracia se converta em repressão. Rijpkema (2018) reforça que a democracia militante não se define por um estado de exceção, mas pela *vigilância racional e normativa contra formas organizadas de intolerância*¹³.

A atualização contemporânea do conceito de democracia militante surgiu em um cenário marcado pela difusão de regimes formalmente democráticos, porém substancialmente autoritários. O cientista político Fareed Zakaria, em artigo publicado na *Foreign Affairs* em 1997, denominou essa patologia de “democracia iliberal”, expressão usada para designar sistemas que preservam os rituais eleitorais, mas negligenciam os limites constitucionais e o Estado de Direito. Quase duas décadas depois, o termo ganhou projeção no discurso de Viktor Orbán, em 2014, quando o primeiro-ministro húngaro anunciou a intenção de construir um “Estado iliberal”. Sob o argumento de restaurar a soberania nacional e os valores tradicionais, Orbán defendeu um modelo que mantém as formas institucionais da democracia, mas subordina os direitos fundamentais e a separação de poderes a uma moral majoritária de inspiração nacionalista¹⁴.

13 Rijpkema entende a democracia militante como um princípio estrutural do Estado de Direito, e não como uma medida excepcional. O autor dialoga com Alexander Kirshner (*A Theory of Militant Democracy*, 2014), de quem partilha a preocupação com a preservação dos direitos políticos, mas aprofunda a fundamentação filosófica da doutrina em torno do limite da tolerância.

14 No seu discurso (2014), Orbán disse: “We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy”.

Posteriormente, Jan-Werner Müller, em *O que é o populismo?* (2017, p. 112), criticou a expressão “democracia iliberal”, por considerá-la um oxímoro conceitual que confere aparência democrática a regimes autoritários. Para ele, o termo serve à autolegitimação desses governos, permitindo-lhes ostentar verniz democrático, enquanto desmantelam as instituições de controle, a liberdade de imprensa e o pluralismo político.

Müller vê o populismo como um perigo para a democracia: uma forma de antipluralismo moralista que reivindica a representação exclusiva do “povo verdadeiro” e nega a legitimidade de todos os demais (2017, p. 46). Os líderes populistas não se apresentam apenas como críticos do *establishment*, mas também como *únicos intérpretes autênticos da vontade popular*, tratando opositores e minorias como inimigos a serem excluídos do corpo político. Uma vez no poder, tendem a colonizar o Estado e, sob o pretexto de restaurar a soberania popular, corroem as bases da democracia representativa (Müller, 2017, p. 58). Essa lógica, visível em figuras como Orbán, Trump e Bolsonaro, é intrinsecamente antidemocrática.

Kim Lane Scheppele formulou o conceito de *constitucionalismo autocrático* (*autocratic legalism*) para descrever a técnica característica dos autoritários do século XXI: conquistar o poder por vias eleitorais e, em seguida, utilizar os próprios instrumentos da legalidade para esvaziar a substância da democracia. Reformas constitucionais, leis e decisões judiciais passam a servir à consolidação do poder e à neutralização dos freios e contrapesos, sob a aparência de normalidade institucional. Trata-se de uma erosão gradual, formalmente legal, na qual os governantes “governam pela lei, mas não sob a lei”, convertendo o Direito em ferramenta de dominação (Scheppele, 2018, p. 545-583, especialmente p. 546-548 e p. 564-570).

András Sajó, em *Ruling by Cheating* (2021), aprofunda essa análise, ao mostrar que, nos regimes iliberais, *a fraude não é desvio, mas método de governo*. O artilheiro e a manipulação tornam-se mecanismos estruturais que exploram as brechas normativas e as ambiguidades da legalidade democrática para corroer suas bases. Sob o discurso da soberania popular, reduz-se o respeito aos direitos fundamentais e instaura-se um *antilegalismo populista* (*populist anti-legalism*) que denuncia o formalismo jurídico enquanto manipula seletivamente as normas para consolidar o poder.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Sajó mostra que, nas democracias iliberais, o Estado de Direito (*Rule of Law*) é reinterpretado de forma abusiva: os *princípios fundamentais da justiça são invocados e distorcidos para legitimar injustiças substantivas*. O resultado é uma inversão semântica em que o direito, em vez de limitar o poder, é instrumentalizado para disfarçar o exercício abusivo. Diante dessa forma sofisticada de dominação legal, Sajó sustenta que a democracia militante deve desenvolver uma *sofisticação equivalente de autodefesa*, capaz de reconhecer e neutralizar os mecanismos de engodo institucional que se apresentam sob a aparência da legalidade (2021, especialmente capítulos 1, 3 e 5).

No Brasil, Eduardo Moreira observa que a democracia militante representa um “elo entre a Constituição e a democracia”, pois, ao mesmo tempo, protege direitos fundamentais e garante a continuidade do jogo democrático (Moreira, 2022, p. 280). A doutrina, nesse sentido, não é apenas um instrumento de defesa contra o autoritarismo, mas também uma afirmação positiva da racionalidade constitucional: impede que o uso abusivo das liberdades fundamentais destrua o regime que as torna possíveis. Moreira situa essa concepção no contexto das duas transições centrais da modernidade, indicadas por Costas Douzinas (2007): (i) a passagem do eixo da soberania nacional para as diferentes formas de democracia e (ii) a substituição da ênfase nos deveres do cidadão pela primazia dos direitos humanos¹⁵. Tais mudanças configuram o novo paradigma das democracias constitucionais, que exige um consenso renovado em torno da *vontade de Constituição e do respeito à ordem democrática*. É nesse cenário que a democracia militante se afirma como resposta institucional às novas ameaças do populismo autoritário contemporâneo — ataques internos e sistemáticos que não podem ser contidos pelos mecanismos tradicionais de legalidade extraordinária ou pelos sistemas constitucionais de crise (Moreira, 2022).

A evolução teórica revela que a democracia militante deixou de ser uma doutrina de exceção, concebida como resposta emergencial

15 Costas Douzinas identifica, na modernidade, a passagem do eixo da soberania nacional para o das diversas formas de democracia e a substituição da ética dos deveres pela centralidade dos direitos humanos, o que marca uma transformação paradigmática na filosofia política moderna (2007, capítulo 2). Eduardo Moreira retoma essa transição conceitual para situar a democracia militante no novo paradigma das democracias constitucionais.

ao fascismo clássico, para se tornar *princípio estruturante da resistência democrática*, diante das novas formas de autoritarismo. Hoje, manifesta-se menos em medidas extraordinárias e mais na vigilância institucional permanente contra o uso estratégico da legalidade para corroer o regime por dentro.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

3. Críticas à democracia militante: os limites da autodefesa e o risco da instrumentalização

A proposta de uma democracia que se protege por meio do direito contra seus inimigos internos suscita inevitavelmente objeções profundas. Essas críticas não devem ser ignoradas, mas enfrentadas, pois é no diálogo com elas que a doutrina se aprimora e adquire maior legitimidade.

As objeções partem de diferentes matrizes teóricas: algumas derivam do liberalismo clássico; outras, do risco de instrumentalização das medidas restritivas; outras ainda, das concepções agonísticas da democracia; e há também as que se baseiam em preocupações pragmáticas com os efeitos políticos das medidas de autodefesa.

A *objeção liberal clássica* sustenta que qualquer exclusão de atores do processo político, ainda que antidemocrática, viola princípios cardeais, como a *igualdade política* e a *liberdade de expressão*. Para essa visão, a democracia deve permanecer um fórum aberto a todas as correntes de pensamento, confiando na força dos argumentos e na soberania popular para rejeitar ideias nocivas.

Essa confiança, contudo, pode revelar-se ingênua, diante de atores que instrumentalizam as liberdades democráticas para destruí-las. Alexander Kirshner (2014, capítulos 2-3) responde a essa crítica, afirmando que a exclusão não se baseia no conteúdo das ideias, mas na *incompatibilidade funcional* de certas ações com a preservação do processo democrático. Proteger o direito de destruir os próprios direitos é, como observou Jürgen Habermas, uma *contradição performativa* — um paradoxo em que se invoca a liberdade para anular as condições de sua própria existência (2007, p. 80)¹⁶.

16 O conceito de “contradição performativa” descreve o paradoxo de quem invoca normas ou princípios cuja validade nega, ao agir de forma incoerente com eles.

>>|

<< Sumário

Uma segunda e grave objeção diz respeito ao risco de instrumentalização das medidas. Governos podem invocar a retórica da “autodefesa democrática” para perseguir adversários legítimos ou dissidentes incômodos, transformando a doutrina em instrumento de repressão seletiva. Este não é um temor abstrato; regimes autoritários frequentemente justificam a supressão de garantias fundamentais alegando proteger a ordem contra “inimigos internos”. Como advertiram Rosalind Dixon e David Landau, há um perigo real de que doutrinas democráticas sejam apropriadas e distorcidas para fins iliberais — um fenômeno que denominaram “*abusive constitutional borrowing*” (2021, p. 1-4).

Para evitar essa deriva autoritária, toda medida inspirada na democracia militante deve estar ancorada em salvaguardas institucionais robustas: *controle judicial independente, exigência de provas concretas de conduta antidemocrática, estrita observância do devido processo legal e respeito ao princípio da proporcionalidade*. O modelo do Tribunal Constitucional Federal alemão oferece um exemplo paradigmático, ao exigir, não apenas a existência de um programa teórico antidemocrático, mas também uma “luta ativa e ofensiva” (*kämpferisch-aggressive Haltung*) contra a ordem fundamental, baseada em evidências empíricas de periculosidade real¹⁷.

A terceira crítica surge da *teoria democrática agonística*, desenvolvida por Chantal Mouffe (2005). Para a autora, o conflito é inerente à política, e a tentativa de suprimir o antagonismo em nome de um consenso racional pode esterilizar a vida democrática. A distinção crucial é entre o “inimigo”, que deve ser eliminado, e o “adversário”, com quem se disputa o poder dentro de regras compartilhadas. O risco da democracia militante, se mal aplicada, é o de patologizar o dissenso e transformar o adversário em inimigo, sufocando o pluralismo que pretende proteger.

A resposta adequada a essa crítica é reconhecer que a democracia militante não visa a *abolir o conflito*, mas *preservar*

17 Cf. Bundesverfassungsgericht. Sozialistische Reichspartei (BVerfGE 2, 1, 1952) e KPD-Verbotsurteil (BVerfGE 5, 85, 1956). O Tribunal exigiu prova de “atividade combativa e agressiva” (*kämpferisch und aggressiv*) contra a ordem constitucional como condição para a proibição.

o espaço legítimo do conflito político. Seu alvo não é o opositor radical que aceita as regras do jogo, mas o agente que busca fechar o campo de disputa para sempre. A linha tênue, mas essencial, está em distinguir entre a *oposição radical ao governo* e a *ameaça efetiva às instituições democráticas*.

Há, ainda, objeções de natureza pragmática. Medidas como a proibição de partidos ou a cassação de mandatos podem gerar efeitos contraproducentes: vitimização dos sancionados, radicalização de suas bases de apoio e a migração da atividade política para a clandestinidade ou para formas ainda mais insidiosas de ação. Esses riscos exigem uma ponderação cuidadosa dos custos e benefícios de cada resposta institucional. Contudo, a inação perante uma ameaça clara e presente pode ser um erro fatal que torna inviável qualquer reação futura. A possibilidade de efeitos adversos não deve paralisar a democracia, quando a própria sobrevivência está em jogo; deve, antes, inspirar respostas firmes e consistentes, juridicamente proporcionais e estrategicamente desenhadas, para minimizar danos colaterais.

As críticas à democracia militante não a invalidam, mas delimitam o seu campo de aplicação legítima. Reforçam que a doutrina não é uma licença para a repressão, mas um chamado à ponderação e à responsabilidade na defesa do regime democrático.

4. A democracia militante e os limites da liberdade de expressão

A liberdade de expressão ocupa um lugar paradoxal na democracia militante. Ela constitui um dos pilares da democracia, mas, em certas circunstâncias, pode ser instrumentalizada para corroer as bases da própria convivência democrática. A questão, portanto, não é se a liberdade de expressão deve ser protegida — o que é inquestionável —, mas até que ponto ela pode ser invocada quando a manifestação se volta contra a própria ordem que a torna possível.

Karl Loewenstein advertiu que a complacência liberal, em face da propaganda totalitária, contribuiu para o colapso de Weimar. Discursos que pregavam a supressão da democracia foram tolerados, em nome da liberdade, até o ponto em que a própria liberdade se tornou inviável. Hoje, o problema assume novas formas: desinformação, manipulação

emocional e mobilização autoritária nas redes digitais. Em ambientes de comunicação digital, a retórica antidemocrática alcançou alcance e velocidade sem precedentes, tornando-se um vetor relevante para a erosão da democracia global.

Nesse contexto, o paradoxo da tolerância, formulado por Karl Popper, assume plena atualidade. Segundo Popper, se uma sociedade for ilimitadamente tolerante, mesmo diante de intolerantes, acabará por destruir a própria tolerância. A liberdade, portanto, exige discernimento: tolerar o dissenso, mas não a incitação à sua eliminação. O mesmo princípio inspira a cláusula do art. 18 da Lei Fundamental alemã, que prevê a perda de direitos fundamentais para quem os utiliza para combater a ordem democrática.

4.1. O discurso de ódio como violência simbólica e ameaça à igualdade democrática

O *discurso de ódio* é uma das expressões mais evidentes da *manifestação autoritária*. Ele não é apenas um abuso do direito de expressão, mas também uma forma de *violência simbólica* que se traduz em práticas concretas de exclusão e desumanização de grupos sociais, étnicos, religiosos ou nacionais, considerados pelo emissor como menos dignos de respeito e consideração. Tal discurso viola diretamente os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), bem como o comando do art. 5º, XLII, segundo o qual “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Em consonância com essa diretriz, o legislador brasileiro previu, no art. 20 da Lei nº. 7.716/1989, o crime de incitação à discriminação ou ao preconceito, em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Ao sancionar penalmente essa conduta, o Estado brasileiro reconhece que o ódio, quando disfarçado de opinião, fere o princípio democrático da igual consideração e respeito por todas as pessoas, corroendo o fundamento moral da vida em comum e as condições mínimas de coexistência civilizada.

A liberdade de expressão, portanto, deve ser interpretada em harmonia com outros princípios constitucionais, entre eles a *igualdade* e a *dignidade humana*. A restrição dessa liberdade só se justifica

em casos extremos e claramente demonstráveis de ameaça à democracia ou a seus princípios — quando o discurso se converte em ação voltada à supressão de direitos, à incitação à violência ou à deslegitimação sistemática das instituições.

Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte-americano que se notabilizou, dentre muitas outras coisas, pela defesa veemente do direito à liberdade, observou que seria superficial e insensível sustentar que a liberdade constitui um valor que nunca deve ceder diante da igualdade (2005, p. 159). À exceção dos extremistas, é consensual o entendimento de que é necessário buscar um equilíbrio entre ambos os valores, de modo que a liberdade não se volte contra si mesma (Dworkin, 2007, p. 410).

4.2. A desinformação e a corrosão da racionalidade democrática

A desinformação deliberada (*disinformation*), distinta da falsidade não intencional (*misinformation*), constitui uma forma de *abuso comunicativo* que corrói (ou compromete profundamente) a racionalidade pública e o alicerce epistêmico da democracia. Ao manipular crenças, distorcer fatos e estimular reações emocionais extremas, a desinformação mina o juízo crítico e destrói as condições cognitivas para o autogoverno democrático.

Quando dirigida contra instituições ou utilizada para minar a confiança social na democracia, a desinformação converte-se em instrumento de manipulação política e de erosão da legitimidade institucional. Campanhas coordenadas — muitas vezes amplificadas por redes de desinformação automatizadas e por algoritmos de recomendação — têm produzido efeitos desestabilizadores em democracias de diferentes países, inclusive no Brasil, onde se observou o uso sistemático desse expediente para deslegitimar o processo eleitoral e desacreditar instituições públicas.

Nesse sentido, a desinformação constitui um desafio estrutural à democracia contemporânea, ao corromper o que Jürgen Habermas chamou de *esfera pública* (2014, p. 90-95)¹⁸. Onde

18 O autor define a “esfera pública” como o espaço discursivo no qual os cidadãos, livres da coerção do Estado e do mercado, formam racionalmente a opinião e a vontade política, por meio do debate argumentativo.

Habermas via a possibilidade de um debate racional-crítico, orientado para o entendimento mútuo e fundado em um fundo comum de facticidade, a desinformação instaura um ambiente de comunicação distorcida, que privilegia o engajamento emocional e a desestabilização epistêmica. Em lugar da deliberação, instalam-se o espetáculo, a indignação instantânea e o tribalismo identitário, minando a própria possibilidade de formação da vontade política racional que a democracia, idealmente, se propõe a proteger.

A democracia militante, nesse contexto, exige, não apenas vigilância institucional, mas também políticas públicas voltadas à alfabetização midiática, à regulação transparente das plataformas digitais e à responsabilização proporcional dos agentes que difundem intencionalmente falsidades que comprometem o funcionamento do regime democrático. Tais medidas não visam a silenciar opiniões, mas impedir que o espaço público se converta em um instrumento de corrosão da própria democracia.

A aplicação dos princípios da democracia militante à liberdade de expressão demanda, portanto, critérios estritos: (i) a restrição só é legítima, perante o risco concreto e comprovado à ordem democrática; (ii) deve obedecer aos princípios da necessidade e da proporcionalidade; e (iii) deve ser aplicada sob controle judicial rigoroso, evitando qualquer uso arbitrário ou censório.

A democracia militante não é um convite à censura, mas sim uma exigência de lucidez normativa. Proteger a democracia implica também proteger as condições que tornam possível o debate público racional. Isso significa reconhecer que há fronteiras éticas e jurídicas para o discurso, especialmente quando ele se converte em instrumento de destruição das bases da liberdade que o sustenta.

5. O Poder Judiciário como salvaguarda da democracia

A expansão autoritária de líderes populistas exige dos sistemas constitucionais instituições capazes de conter não apenas golpes abertos, mas também processos graduais de captura institucional. Nesse contexto, à luz da doutrina da democracia militante, a instituição primordialmente vocacionada para desempenhar esse

papel de contenção é o Poder Judiciário, em especial por meio de sua corte constitucional máxima. A razão teórica para isso reside no fato de que o Judiciário, diferentemente dos poderes Executivo e Legislativo, que são inerentemente políticos e eleitorais, opera — em tese — a partir de uma racionalidade técnica e jurídica, fundada na aplicação de princípios constitucionais e regras jurídicas, estando, portanto, menos suscetível a injunções políticas imediatas e mais comprometido com a defesa intransigente da Constituição. Sua independência é o pilar que sustenta a capacidade de fiscalizar e invalidar ações abusivas dos demais poderes, atuando como guardião da Constituição.

Todavia, essa é uma premissa ideal que frequentemente colide com a realidade. Longe de ser uma esfera pura e apartada da sociedade, o Judiciário também pode ser alvo de cooptação pela política ideológica ou por interesses não republicanos, seja por meio da nomeação de juizes com lealdades políticas exacerbadas, de pressões externas, ou da simples capitulação ideológica do tribunal, que passa a legitimar, com roupagem jurídica, o desmonte de garantias democráticas. Quando essa cooptação ocorre, a última trincheira institucional da democracia desmorona. A “blindagem técnica” de um tribunal, outrora seu principal atributo de legitimidade, passa, então, a ser um instrumento de legitimação de arbitrariedades. O que era um escudo da Constituição transforma-se em uma espada contra ela. A democracia, longe de ser salva, vê-se fragilizada e à mercê de movimentos autoritários que passam a operar sob um “selo de aprovação jurídica”. É precisamente esse o risco que o caso *Trump v. United States* exemplifica de forma tão contundente.

O caso *Trump v. United States* (2024), julgado pela Suprema Corte dos EUA em 2024, emergiu de acusações criminais contra o ex-presidente Donald Trump, por supostamente ter conspirado para subverter os resultados das eleições de 2020, atos que incluíam a pressão sobre o vice-presidente e funcionários estaduais para alterar os resultados e a exploração dos distúrbios de 6 de janeiro. Contudo, em uma decisão histórica e altamente controversa, a Supreme Court of the United States (SCOTUS), por 6 votos a 3, com sua maioria conservadora fortemente ideologizada, estabeleceu um princípio de vasto alcance: o presidente goza de *imunidade absoluta* por ações enquadradas em seus “poderes constitucionais

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

exclusivos” e de *imunidade presuntiva* para todos os demais atos oficiais, estendendo essa proteção ao deixar o cargo¹⁹. Ao dificultar drasticamente a responsabilização criminal de um chefe do Executivo, por atos praticados no exercício das funções, a Corte não apenas impactou o processo contra Trump, mas também redefiniu o equilíbrio de poderes, criando um perigoso precedente de impunidade para futuras ações.

Esse julgamento serve como um exemplo negativo da grande importância de uma corte constitucional verdadeiramente independente e não aparelhada. Em vez de atuar como guardião imparcial da ordem democrática e do princípio de que ninguém está acima da lei, a Corte, neste caso, pareceu agir como um ator político, minando a democracia militante, ao criar um escudo legal que pode proteger futuros titulares do Poder Executivo das consequências de ações que poderiam corroer os próprios fundamentos do sistema democrático.

Essa decisão representou um marco de inflexão institucional: ao conferir ao chefe do Executivo um manto tão amplo de impunidade, a Corte fragilizou os freios e contrapesos e abriu espaço para a consolidação de práticas autoritárias. Amparado por essa interpretação, Donald Trump intensificou, em seu segundo mandato, uma política de centralização de poder: desmantelou agências reguladoras ambientais e trabalhistas; ordenou a demissão de milhares de servidores de carreira, substituídos por funcionários ideologicamente leais; utilizou o Departamento de Justiça para perseguir adversários políticos; determinou deportações sumárias de imigrantes e manteve prisões extrajudiciais em centros privados de detenção; suspendeu repasses federais a universidades que se recusaram a colaborar com sua política de censura e perseguição acadêmica; e estimulou a repressão violenta aos protestos civis²⁰. Tais

19 Cf. *Trump v. United States*, 603 U.S. ____ (2024). Na decisão, a Suprema Corte estadunidense, por maioria, estabeleceu que o presidente tem direito à imunidade absoluta, por atos praticados no exercício de seus “poderes constitucionais exclusivos”, e à imunidade presuntiva para todos os demais atos oficiais. A ementa oficial do julgamento e a íntegra da decisão podem ser consultadas em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/23>. Acesso em: 1 nov. 2025.

20 A respeito da escalada autoritária de Donald Trump em seu segundo mandato presidencial, ver: Lauren Gambino. US ‘on a trajectory’ toward authoritarian rule, ex-officials warn. In: *The Guardian*, 16 out. 2025. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2025/oct/16/trump-authoritarianism-warning>. Acesso em: 1 nov. 2025.

condutas, amplamente documentadas pela imprensa e por organizações jurídicas, ilustram como a desarticulação institucional e a leniência judicial, diante de abusos, podem transformar uma democracia consolidada em terreno fértil para o autoritarismo legalista.

A erosão da democracia nos Estados Unidos evidencia a importância de uma corte constitucional independente, que atue como guardião dos princípios constitucionais e da democracia. Uma corte que garanta que o legalismo não se transforme em instrumento de subversão da ordem democrática.

A experiência norte-americana, contudo, longe de ser um caso isolado, reflete um padrão estratégico da autocratização contemporânea: a captura das cortes constitucionais. Líderes populistas em diversos países têm replicado, de forma mais ou menos explícita, esse roteiro de subjugação do Judiciário. Na Hungria, Viktor Orbán promoveu uma reforma judicial que colocou o Tribunal Constitucional sob o domínio de sua coalizão partidária; na Turquia, Recep Tayyip Erdoğan, aproveitando-se das reformas de 2017 e de sucessivos estados de emergência, purgou milhares de magistrados para dissolver qualquer vestígio de independência judicial; na Índia, o governo de Narendra Modi exerce pressão sistêmica sobre a Suprema Corte, para obter decisões favoráveis que enfraquecem direitos de minorias e a liberdade de imprensa; na Rússia, Vladimir Putin reconfigurou a Corte Constitucional como um instrumento para legitimar reformas que lhe garantem permanecer no poder até 2036; e na Venezuela, o então presidente Nicolás Maduro instrumentalizou o Tribunal Supremo de Justicia para anular a Assembleia Nacional e perseguir opositores políticos. Em todos esses casos, a erosão democrática não decorreu de uma ruptura violenta, mas de uma colonização progressiva e “legal” das instituições, nas quais a complacência judicial transformou o próprio Direito em um escudo para o autoritarismo.

É ao Poder Judiciário, em especial à sua Corte Constitucional, que cabe o papel decisivo de proteger o regime democrático contra a expansão de práticas e discursos autoritários. Por sua estrutura institucional e pelo dever de independência funcional, o Judiciário constitui, em tese, o poder menos suscetível a pressões políticas conjunturais, posicionando-o como o guardião natural da ordem constitucional. No Brasil, essa função primordial recai sobre o Supremo Tribunal Federal (STF), cuja atuação tem sido decisiva para

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

conter investidas contra a democracia. Cabe a essa Corte, como intérprete última da Constituição, assegurar que a defesa da democracia se realize nos estritos limites do Estado de Direito, impedindo que o próprio exercício das liberdades fundamentais se converta em mecanismo de sua destruição.

Essa orientação consubstancia a doutrina da democracia militante: as cortes constitucionais, incumbidas de definir e proteger o núcleo mínimo de condições sem o qual a democracia se torna impossível, não são uma exceção ao princípio democrático, mas sua concretização institucional. Tal papel, contudo, não é isento de críticas.

No Brasil, parte da doutrina e de setores políticos acusa o STF de extrapolar suas competências, por meio de um suposto “ativismo judicial”, alegando que o Tribunal estaria substituindo as vontades legítimas do Legislativo e do Executivo. Embora tais alertas não devam ser ignorados, tampouco podem se tornar um obstáculo paralisante, quando as próprias bases do sistema estão sob risco. A crítica ao ativismo não pode inviabilizar a tutela jurisdicional em contextos de emergência democrática. Nessas circunstâncias, como ensina Ronald Dworkin, o julgador deve guiar-se por argumentos de *princípio*, e não de mera *política* (2007, p. 128), buscando a *coerência* e a *integridade* do ordenamento jurídico (1999, p. 271).

A independência e a coragem institucional das cortes constitucionais são o antídoto indispensável contra a erosão democrática. O caso norte-americano e as experiências internacionais de aparelhamento judicial demonstram, de forma contundente, o risco catastrófico de um Judiciário complacente. Em oposição, a doutrina da democracia militante exige que o Supremo Tribunal Federal e suas congêneres adotem uma postura que transcenda a mera neutralidade técnica: é imperativa uma atuação prudente, porém intransigente, pautada por argumentos de princípio e voltada à defesa ativa do núcleo constitucional indisponível. Nessa missão, a verdadeira autocontenção judicial não é a inação, mas a firme decisão de garantir que a própria estrutura democrática não seja legalmente subvertida. A custódia da Constituição, em última instância, representa a defesa da democracia contra seus próprios inimigos, ainda que travestidos de legalidade.

6. O caso brasileiro: a resistência democrática no laboratório do autoritarismo pós-moderno

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

A teoria da democracia militante ganhou concretude empírica na experiência brasileira recente. O período que vai da eleição de Jair Bolsonaro em 2018 aos ataques de 8 de janeiro de 2023 constitui um exemplo emblemático das novas formas de erosão democrática descritas na literatura contemporânea. O bolsonarismo combinou, de modo híbrido, o *textbook* clássico identificado por Karl Loewenstein (1937a; 1937b) — uso instrumental das liberdades democráticas, deslegitimação sistemática das instituições e mobilização emocional — com as técnicas do *constitucionalismo autocrático* analisadas por Kim Lane Scheppele (2018) e com o método de “governar trapaceando” (*ruling by cheating*), descrito por András Sajó (2021). Essa síntese produziu um laboratório único de autoritarismo pós-moderno, em que a fachada da legalidade conviveu com o apelo constante ao ilegalismo.

Desde o início, o governo Bolsonaro adotou uma estratégia de tensão institucional permanente. Por meio de uma retórica beligerante, de ataques reiterados ao Congresso Nacional e ao STF, além da promoção sistemática de narrativas de desconfiança em relação ao sistema eletrônico de votação, o governo instaurou um clima de instabilidade política propício à degradação das normas democráticas. Esse processo seguiu o roteiro do constitucionalismo abusivo (*abusive constitutionalism*), caracterizado pela manipulação de instrumentos legais formais — decretos, vetos, indicações e nomeações —, para fins iliberais, como o enfraquecimento dos mecanismos de controle público e a ampliação do campo de ação do Poder Executivo.

O ápice dessa estratégia foi a campanha de desinformação em massa que antecedeu e sucedeu as eleições de 2022, culminando no ataque às sedes dos três poderes em 8 de janeiro de 2023. Esse episódio não foi um acontecimento espontâneo, decorrente de uma mobilização orgânica da população, mas sim o desfecho previsível de uma narrativa fabricada sobre a ilegitimidade do processo eleitoral e a suposta necessidade de uma “intervenção militar” para “restaurar a ordem”.

A reação institucional a essa escalada autoritária demonstrou, em diversos aspectos, os princípios da democracia militante. O Supremo

>>|

<< Sumário

Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) assumiram funções decisivas na defesa da ordem constitucional: no STF, o ministro Alexandre de Moraes, à frente do inquérito sobre redes de desinformação e atos golpistas, determinou afastamentos de autoridades, prisões provisórias (sendo a do então deputado federal Daniel Silveira a mais emblemática) e a remoção de conteúdos digitais ilícitos de milhares de canais *on-line*. No TSE, a ação que declarou a inelegibilidade de Jair Bolsonaro, por abuso de poder político e uso indevido dos meios de comunicação, aplicou, pela primeira vez, a um ex-chefe de Estado uma sanção institucional de magnitude preventiva. Essas intervenções indicam que o sistema político-judiciário brasileiro possui parte dos “anticorpos” previstos por Karl Loewenstein para regimes em risco. Ainda assim, uma análise mais aprofundada revela os limites dessa resposta: ela foi predominantemente punitiva e reativa, em detrimento de uma estratégia preventiva e proativa que desarticule as bases organizativas — como o financiamento e a estruturação de milícias digitais — e discursivas — como a desmontagem sistemática, via educação midiática e responsabilização de influenciadores digitais, dos *frames* antidemocráticos que intoxicam o debate público — do extremismo político.

Nesse mesmo horizonte de defesa institucional da democracia, Eduardo Moreira faz uma reflexão propositiva sobre a democracia militante, como alternativa constitucional brasileira, partindo do diagnóstico de que o país vive um processo de deterioração interna de suas instituições, marcado pela incapacidade dos mecanismos ordinários de contenção, de reagir ao populismo autoritário e à manipulação discursiva. Ele observa que, no Brasil contemporâneo, a ameaça à democracia não se manifesta apenas em tentativas abertas de ruptura, mas também em estratégias sutis de corrosão institucional que se valem da própria legalidade e do discurso da liberdade para enfraquecer o Estado de Direito. Diante desse cenário, a democracia militante deixa de ser uma opção teórica e assume o papel de necessidade prática: um *imperativo constitucional de autodefesa* contra atores que transformam a liberdade em instrumento de destruição da própria ordem democrática. Trata-se, como sublinha Moreira (2022), de uma resposta que reafirma o compromisso do constitucionalismo brasileiro com o pluralismo e a proteção ativa da democracia contra o extremismo político, a intolerância e a desinformação.

Como alerta Kim Lane Scheppele, os autoritários modernos contam precisamente com a lentidão e o legalismo excessivo das democracias. Nesse contexto, a hesitação institucional em decretar consequências mais severas, sob o argumento de evitar “radicalização” ou “vitimização”, pode, no longo prazo, ser mais prejudicial. É o *paradoxo da tolerância que mina as próprias bases da tolerância*.

Portanto, no caso brasileiro, o desafio é superar uma cultura política de conciliação a qualquer custo e erguer uma arquitetura institucional de resistência proativa. É preciso entender que a defesa da democracia requer a demarcação clara de um limite intransponível, qual seja, o da negação da própria democracia. A pergunta que fica é se as instituições brasileiras conseguirão desenvolver essa lucidez militante, não apenas para reagir a crises, mas também para construir diques permanentes contra a corrente autoritária.

Considerações finais: a autodefesa democrática como imperativo ético e institucional

A jornada teórica e prática percorrida neste artigo propõe-se a demonstrar que a democracia militante não deve ser vista como uma anomalia doutrinária ou como uma medida de exceção, mas como uma resposta necessária a uma patologia política: a instrumentalização das liberdades democráticas para sua própria destruição. Desde as origens históricas do conceito, em Karl Lowenstein, até suas sofisticadas reformulações contemporâneas, a lição central permanece: *uma democracia que se recusa a se defender está fadada a perecer*.

A história recente do Brasil expôs, de modo contundente, a atualidade desse dilema e a urgência de construir uma cultura institucional capaz de distinguir, com precisão e determinação, entre o dissenso legítimo e a ameaça antidemocrática.

A doutrina da democracia militante oferece um quadro analítico indispensável para compreender e combater as novas formas de erosão democrática. Figuras como o *legalismo autocrático* (Scheppele) e a *subversão estratégica* (Sajó) representam desafios contemporâneos complexos, distintos do confronto direto com o fascismo histórico. Elas exigem que a autodefesa democrática não

seja um conjunto de medidas de emergência, mas *uma estratégia permanente de vigilância e contenção*, integrada ao cotidiano das instituições. Isso implica reconhecer que a neutralidade institucional do Estado é uma virtude apenas quando todos os atores compartilham um compromisso básico com as regras do jogo. Quando esse pressuposto é violado, a neutralidade se transforma em omissão ou cumplicidade.

Como destacado na discussão sobre as críticas à democracia militante, a aplicação dessa doutrina deve ser acompanhada de rigorosas salvaguardas. O risco de transformar a autodefesa em autoritarismo defensivo é real, como alertam Dixon e Landau. Contudo, a resposta a esse perigo não é a inação, mas o fortalecimento dos mecanismos de *accountability*: o controle judicial independente, o devido processo legal, a proporcionalidade das medidas e a distinção clara, inspirada na perspectiva agonística de Mouffe, entre o adversário político, cuja existência é vital para a democracia, e o inimigo do regime democrático, que busca a supressão da democracia. A democracia militante, bem compreendida, *não é a negação do conflito, mas a garantia de que ele permaneça possível*.

O grande teste para a democracia brasileira nesta quadra da história não será apenas a punição dos responsáveis por crimes passados (o que também se faz necessário), mas também a capacidade de impedir novos ciclos de erosão. Isso requer mais do que decisões judiciais; exige a formação de um *“ethos democrático militante”*, tanto na sociedade quanto entre seus representantes e instituições, baseado em um consenso mínimo sobre os limites intransponíveis da disputa pelo poder. Este *ethos* se manifesta na rejeição cotidiana à desinformação, na defesa intransigente das instituições de controle e na educação política para a cidadania ativa. Como lembra Jan-Werner Müller, “[...] a democracia requer pluralismo e o reconhecimento de que é necessário encontrar termos equitativos para vivermos juntos como cidadãos livres e iguais, mas também irredutivelmente diversos” (2017, p. 19).

Em um mundo onde o autoritarismo se reinventa, a defesa da democracia deixou de ser uma tarefa episódica para se tornar uma missão contínua. A doutrina da democracia militante, longe de ser uma ameaça à liberdade, é sua *condição de possibilidade em*

tempos de perigo. A história mostrou que o custo da omissão, diante da ameaça do fascismo e do autoritarismo, pode ser catastrófico. Cabe garantir que a lição tenha sido aprendida.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A democracia sob pressão: o que está acontecendo no mundo e no Brasil. In: *CEBRI-Revista: Brazilian Journal of International Affairs*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 33-56, jan.-mar. 2022. Disponível em: <https://cebri-revista.emnuvens.com.br/revista/article/view/5/5>. Acesso em: 26 out. 2025.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BUTLER, Judith. *Discurso de ódio: uma política do performativo*. Trad. Roberta Fabbri Viscardi. São Paulo: Editora Unesp, 2021.

CORRALES, Javier. The Authoritarian Resurgence: *Autocratic legalism* in Venezuela. In: *Journal of Democracy*, v. 26, n. 2, abr. 2015, p. 37-51.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*. London: Routledge, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. Revisão técnica de Luiz Cícero Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EVANS, Richard J. *A chegada do Terceiro Reich*. Trad. Lúcia Brito. São Paulo: Planeta, 2016.

FREEDOM HOUSE. Freedom in the world 2023: democracy under siege. Washington, DC: Freedom House, 2023.

FREEDOM HOUSE. Russia: freedom in the world 2025. In: *Freedom House*, 2025. Disponível em: <https://freedomhouse.org/country/russia/freedom-world/2025>. Acesso em: 26 out. 2025.

GAMBINO, Lauren. US 'on a trajectory' toward authoritarian rule, ex-officials warn. In: *The Guardian*, 16 out. 2025. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2025/oct/16/trump-authoritarianism-warning>. Acesso em: 1 nov. 2025.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Moral Consciousness and Communicative Action*. Cambridge: Polity Press, 2007.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. In: *U.C.L.A. Law Review*, Los Angeles, v. 65, p. 78-168, 2018. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2019/09/Huq-Ginsburg-65-1.pdf>. Acesso em: 26 out. 2025.
- ISSACHAROFF, Samuel. Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts. In: *Harvard Law Review*, v. 120, n. 6, 2007, p. 1.420-1.467.
- JAFFRELOT, Christophe. *Modi's India: Hindu Nationalism and The Rise of Ethnic Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2021.
- KIRSHNER, Alexander S. *A Theory of Militant Democracy: The Ethics of Combatting Political Extremism*. New Haven: Yale University Press, 2014.
- KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3. ed. Durham: Duke University Press, 2012.
- KRASTEV, Ivan; HOLMES, Stephen. *The Light that Failed: A Reckoning*. London: Penguin Books, 2019.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights. I. In: *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3, p. 417-432, jun. 1937a.
- LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights. II. In: *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4, p. 638-658, ago. 1937b.
- MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Constituição e crise da democracia – democracia militante como alternativa constitucional brasileira. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; BUNCHAFT, Maria Eugênia. *Direito das minorias e constitucionalismo democrático*. Curitiba: Juruá, 2022.
- MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London: Verso, 2000.
- MOUFFE, Chantal. *On the Political*. London: Routledge, 2005.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- MÜLLER, Jan-Werner. *O que é o populismo?* Trad. Miguel Freitas da Costa. Alfragide (Lisboa): Texto Editores, 2017.
- ORBÁN, Viktor. *Full Text of Viktor Orbán's Speech at 25th Băile Tusnad (Tusnádfürdő) of 26 Jul. 2014, Romania*. Disponível em: www.almendron.com/tribuna/wp-content/uploads/2016/01/discurso-viktor-orban.pdf. Acesso em: 21 out. 2025.
- POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Tomo 1. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- RIJPKEMA, Bastiaan R. *Militant Democracy: The Limits of Democratic Tolerance*. Londres: Routledge, 2018.
- SAJÓ, András. Militant Democracy and Transition Toward Democracy. In: *Cardozo Law Review*, v. 19, 1998, p. 701-732.
- SAJÓ, András. *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Autocratic legalism*. In: *University of Chicago Law Review*, v. 85, n. 2, 2018.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Trump v. United States*, 603 U.S. Supreme Court of the United States, No. 23-939, 1 jul. 2024. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/23>. Acesso em: 1 nov. 2025.

V-DEM INSTITUTE. *Democracy Report 2024: The Global Decline Continues*. Gothenburg: University of Gothenburg, 2024.

ZAKARIA, Fareed. The Rise of Illiberal Democracy. In: *Foreign Affairs*, v. 76, n. 6, nov.-dez., 1997, p. 22-43.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Tendências do controle de constitucionalidade no Brasil

Doutrina
Direito Público

Trends of judicial review of legislation in Brazil

GUILHERME PEÑA DE MORAES¹ 

Resumo

Este trabalho procura investigar as tendências do controle de constitucionalidade desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao longo dos últimos anos, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, a partir da constatação de que a Corte tem ampliado as fronteiras do controle de constitucionalidade, não apenas no que se refere ao parâmetro, sobretudo pelo reconhecimento do maior grau de liberdade na conformação do processo constitucional que lhe é próprio, mas também no que se reporta ao objeto, que não se restringe mais a leis e a atos normativos devidamente formalizados. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal lança mão do princípio da fungibilidade entre os instrumentos ou mecanismos de controle de constitucionalidade, que, a seu ver, estão em processo de hibridação, de forma progressiva e irreversível. Em linha com a valorização da jurisprudência, a pluralização e a legitimação de debate no processo constitucional são objetivos perseguidos pelo Tribunal, ao tempo em que recorre sistematicamente à mutação constitucional e, nas hipóteses de impasses federativos, às formas

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF), Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Pós-doutor em Direito Constitucional pela Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7573-3589>

alternativas de solução consensual de litígios constitucionais. Por fim, diante do reconhecimento recíproco entre tribunais engajados na comunicação transnacional, que compartilham valores que lhes são comuns, utiliza o Supremo Tribunal Federal a jurisprudência estrangeira, em ordem a persuadir os interlocutores do debate constitucional.

Palavras-chave: diretrizes; processo constitucional; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This work seeks to investigate the trends of judicial review of legislation developed by the Supreme Court over the past few years from the perspective of the Democratic Rule of Law, considering that the Court has expanded the boundaries of judicial review of legislation, not only with regard to the parameter, especially by the recognition of the greatest degree of freedom in the conformation of the constitutional process that is proper to it, but also in what refers to the object, which is no longer restricted to duly formalized laws and normative acts. Therefore, the Supreme Court makes use of the principle of fungibility between the instruments or mechanisms of judicial review of legislation, which, in its view, are in the process of hybridization, in a progressive and irreversible way. In line with the appreciation of jurisprudence, the pluralization and legitimization of debate in the constitutional process are objectives pursued by the Court, while it systematically resorts to constitutional mutation and, in the hypotheses of federative impasses, to alternative forms of consensual solution of constitutional disputes. Finally, given the reciprocal recognition between courts engaged in transnational communication, which share values that are common to them, the Supreme Court uses foreign jurisprudence in order to persuade the interlocutors of the constitutional debate.

Keywords: guidelines; constitutional process; Brazilian constitutional court.

Introdução

O controle de constitucionalidade, definido como sistema de imunização do texto da Constituição, consiste em mecanismo processual de limitação do poder político e, por efeito, de tutela do Estado Democrático de Direito (Cappelletti, 2024, p. 4).

Ao longo dos últimos anos, no contexto “movimento global em direção ao Judiciário” (Moraes, 2015, p. 19), que experimenta uma ascensão institucional na organização dos poderes do Estado contemporâneo, por força do qual os juízes são trazidos para o primeiro plano da vida pública, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu, ao menos, 10 tendências do controle de constitucionalidade no Brasil.

O artigo que ora vem a lume tem a pretensão de investigar as linhas desenhadas pelo Tribunal Constitucional no exercício da jurisdição da qual é investido pela Constituição da República, tanto no que se refere à forma do processo de tomada de decisão (e.g.: uso dos métodos alternativos de solução consensual dos litígios constitucionais), quanto ao que se relaciona à matéria objeto da cognição judicial (v.g.: utilização persuasiva da jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal).

1. Alargamento da parametricidade constitucional

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, o parâmetro do controle de constitucionalidade não se restringe à Constituição, mas, sob outra perspectiva, engloba as normas veiculadas pela legislação nacional, ou mesmo por tratados e convenções internacionais que disponham de substrato constitucional.

O conceito de “bloco de constitucionalidade”, na doutrina, foi engendrado por Louis Favoreu, de forma que “a conformidade com a Constituição abrange a conformidade com disposições incluídas em textos externos à Constituição”, em especial, “os princípios fundamentais ou gerais que o juiz constitucional define com base nos textos dos quais se originam”².

2 Ver FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après le jurisprudence du Conseil Constitutionnel. In: WALINE, Marcel (org.). *Recueil d'études en hommage à Charles*

Dentro dessa perspectiva, na jurisprudência, o Conselho Constitucional da França, por ocasião da Décision n.º 71-44 DC, de 16 de julho de 1971, houve por bem delimitar o bloco de constitucionalidade à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aos “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis” das I, II e III Repúblicas, aos “princípios políticos, econômicos e sociais” do Preâmbulo da Lei Constitucional da IV República, e à Constituição da V República³. No contexto latino-americano, a Corte Suprema de Justiça do Panamá, em sentença de 24 de julho de 1990, ao interpretar o art. 4º da Constituição panamenha⁴, outorgou hierarquia constitucional a alguns tratados e convenções internacionais (Mera, 2014, p. 308) e, bem assim, a Corte Constitucional da Colômbia, em sentença de 6 de maio de 1998, decidiu que

[...] o bloco de constitucionalidade é composto por todas as normas, de diferentes hierarquias, que servem de parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade da legislação. Segundo essa definição, o bloco de constitucionalidade é constituído não apenas pelas normas constitucionais, mas também, entre outros, pelos tratados internacionais a que se refere o art. 93 da Constituição colombiana, pelas leis orgânicas e, em alguns casos, pelas leis estatutárias⁵ (Olaya, 2004, p. 79).

Eisenmann. Paris: Éditions Cujas, 1975. p. 33-48. Ver, também, do mesmo autor: *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014. p. 546.

3 Cf. *Journal Officiel*, Paris, 16 jul. 1971, p. 7.114.

4 Cf. Constituição Política da República do Panamá, art. 4º: “A República do Panamá acata as normas do Direito Internacional.” (Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2025).

5 Cf. Constituição Política da República da Colômbia, art. 93: “Os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e proíbem sua limitação em estados de exceção, prevalecem na ordem jurídica interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Carta devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.” (Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>).

Em linha com a jurisprudência comparada, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 595/ES, de 18 de fevereiro de 2002, e, ao depois, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 514/PI, de 24 de março de 2008, considerou o “bloco de constitucionalidade como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais”⁶, de modo que

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

[...] o bloco de constitucionalidade projeta-se para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, portanto, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global^{7, 8}.

2. Autonomia processual do tribunal constitucional

Em geral, o tribunal constitucional detém um maior grau de liberdade na conformação do processo constitucional, em ordem a suprir a incompletude ou inconsistência da legislação processual, cuja natureza da linguagem é indeterminada e elástica, ou então, em determinadas hipóteses, a inconveniência e/ou inoportunidade de aplicação do Direito Processual Constitucional, de sorte que o órgão de justiça constitucional se converte em legislador primeiro, e intérprete depois, da sua própria normatização processual (Rodríguez-Patrón, 2003, p. 140, 156 e 178; 2001, p. 125).

6 STF, ADI n.º 595/ES, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18/02/2002, DJU 26/02/2002, Inf. 258.

7 STF, ADI n.º 514/PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/03/2008, DJU 27/03/2008, Inf. 514.

8 Para a análise do bloco de constitucionalidade, como exemplo de utilização persuasiva da jurisprudência estrangeira, vide item 10.

>>|

<< Sumário

A configuração autocriativa, como efeito da autonomia processual do tribunal constitucional, pode ser dividida em configuração jurisprudencial e configuração regulamentária do processo constitucional.

A configuração jurisprudencial indicia que a autonomia processual, em princípio, é exteriorizada pela jurisprudência do tribunal constitucional, que, ao recorrer à função propriamente normativa do órgão de justiça constitucional, procede à determinação e constante adaptação das regras técnicas de processo.

A configuração regulamentária indica que a autonomia processual, às vezes, é externada pelo regimento interno do tribunal constitucional, que, ao tratar sobre o funcionamento interno do organismo de justiça constitucional, pode dedicar-se a questões que afetem os processos que tramitam perante ele.

À evidência, não se desconhece que, em algumas hipóteses excepcionais, a configuração jurisprudencial pode se transmutar em configuração regulamentária, pela introdução de emendas no regimento interno do tribunal constitucional, suprimindo-lhes, acrescentando-lhes ou modificando-lhes disposições regulamentares, para amoldá-lo à nova jurisprudência constitucional (Moraes, 2023b, p. 656-657).

Em especial, as manifestações da autonomia processual no Brasil são suscetíveis de investigação científica pelo fio condutor de três tendências que se revelam na jurisprudência constitucional e, também, na regulamentação interna do Supremo Tribunal Federal. Designá-la-emos, pois, de “filtragem processual”, “definição da pauta de julgamento” e, por fim, “redimensionamento da eficácia das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal”, conforme a criação judicial do Direito Processual Constitucional seja vislumbrada no início da atividade da justiça constitucional, durante o processo constitucional ou ao final da prestação da jurisdição constitucional.

A primeira é referente ao acesso à justiça constitucional, que deve ser considerada como um verdadeiro “bem jurídico escasso” (Wahl; Wieland, 1997, p. 12). Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado alguns mecanismos de filtragem processual que permitem o controle do volume de processos submetidos à cognição jurisdicional e, por via de consequência, asseguram certo grau de estabilidade normativa.

A segunda é relativa à definição da pauta de sessão no processo constitucional, a partir da constatação de que o tribunal constitucional (ou alguns de seus órgãos constitutivos ou membros) é investido de poder para determinar o momento de julgamento de cada processo, acelerando ou retardando o acesso efetivo à justiça constitucional. Dentro desse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da autocriação do processo constitucional, pode fixar critérios que possibilitem a definição estratégica da pauta de julgamento, levando-se em conta a necessidade de urgência na apreciação de algumas matérias e de organização, por assunto, dos processos liberados para julgamento no plenário em pautas temáticas (Dimoulis; Lunardi, 2008, p. 11).

A última é respeitante às decisões da justiça constitucional, que deve vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal, aos seus comandos normativos, quando proferidas *in abstracto* ou *principaliter tantum*. Em face de todo o exposto, a “omnipotência do Direito jurisprudencial” (Angiolini, 1988, p. 7) levou o Supremo Tribunal Federal a proceder a uma releitura do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, reduzindo-o à mera divulgação intralegislativa dos acórdãos da justiça constitucional, quando prolatados *in concreto* ou *incidenter tantum*.

3. Desformalização do ato normativo

Para além da deslegalização ou delegificação, isto é, transferência de determinada matéria ou assunto da sede legal para outra sede normativa, que repercute no controle de constitucionalidade sob a forma do decreto autônomo sobre o qual versa o art. 84, inciso VI, e das resoluções de agências reguladoras e dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público de que tratam os arts. 21, inciso XI; 103-B, § 4º; 130-A, § 1º; e 177, § 2º, inciso III, da Constituição da República (Moreira Neto, 2000, p. 170-173; 2006, p. 46), o Supremo Tribunal Federal, em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, tem desempenhado o controle de constitucionalidade sobre atos do poder público que não ostentam, sequer, um grau mínimo de formalidade, como o

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

estado de desconformidade constitucional, ou mesmo as políticas públicas idealizadas e, ulteriormente, executadas pela União, Estados e Municípios.

À guisa de ilustração, o Supremo Tribunal Federal conheceu e, ao final, declarou

[...] a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, tendo em vista o cenário de grave e massiva violação de direitos fundamentais dos presos, com a determinação de um conjunto de medidas para reduzir a superlotação das prisões e promover a melhoria das condições de encarceramento⁹.

Sob outra perspectiva, a Corte foi levada a decidir sobre a existência, ou não, de “[...] lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, notadamente no que tange à excessiva e crescente letalidade da atuação policial”¹⁰. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, declarou a existência de um “[...] estado de coisas inconstitucional concernente às condições desumanas de vida da população em situação de rua no Brasil, que decorreria de omissões estruturais de todos os Poderes e níveis federativos”¹¹, a exemplo do Município do Rio de Janeiro (Moraes, 2023a, p. 17).

4. Fungibilidade processual da tutela constitucional

Por força do art. 131, § 4º, do Regimento Interno, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Regimental n.º 20, de 16 de outubro de 2006, que permite o julgamento conjunto de causas ou recursos sobre questão idêntica, de maneira a garantir a uniformidade das decisões e agilizar o andamento dos processos¹², o Supremo Tribunal

9 Cf. STF, ADPF n.º 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/08/2015, DJU 28/08/2015, Inf. 796.

10 Cf. STF, ADPF n.º 635/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 02/12/2019, DJU 06/12/2019, Inf. 982.

11 Cf. STF, ADPF n.º 976/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25/05/2022, DJU 31/05/2022, Inf. 1.105.

12 Cf. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 131, § 4º: “No julgamento conjunto

Federal, concomitantemente, tem decidido questões constitucionais em classes processuais de natureza diferente, inclusive sob relatorias diversas, que envolvem o mandado de injunção (Informativo n.º 944)¹³, o mandado de segurança (Informativo n.º 983)¹⁴, a reclamação constitucional (Informativo n.º 1.000)¹⁵ e o recurso extraordinário (Informativo n.º 1.055)¹⁶, como também a ação direta de inconstitucionalidade (Informativo n.º 1.097)¹⁷, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Informativo n.º 1.132)¹⁸, a ação declaratória de constitucionalidade (Informativo n.º 1.154)¹⁹ e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Informativo n.º 1.171)²⁰.

Ao conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 72/PA e, em seguida, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.180/DF, todavia, em respeito ao princípio da fungibilidade, a Corte definiu entendimento de que, caso a ação direta de inconstitucionalidade seja proposta para a impugnação de norma diversa de lei ou ato normativo federal ou estadual, havendo dúvida aceitável a respeito da ação apropriada para a tutela de preceito fundamental, possibilita a

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

de causas ou recursos sobre questão idêntica, a sustentação oral por mais de um advogado obedecerá ao disposto no § 2º do art. 132.” (2023, p. 87).

13 Cf. STF, MI n.º 4.733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/06/2019, *DJU* 29/09/2000, e ADO n.º 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019, *DJU* 06/10/2020, Inf. 944.

14 Cf. STF, MS n.º 32.451/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 25/06/2020, *DJU* 07/07/2000, e ADI n.º 3.976/SP, Rel. Min. Edson Fachin, j. 25/06/2020, *DJU* 07/07/2020, Inf. 983.

15 Cf. STF, Rcl n.º 33.459/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18/11/2020, *DJU* 26/01/2021, e ADI n.º 4.412/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 18/11/2020, *DJU* 26/01/2021, Inf. 1.000.

16 Cf. STF, RE n.º 1.224.374/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.05.2022, *DJU* 23/09/2022; ADI n.º 4.103/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/05/2022, *DJU* 23/09/2022, e ADI n.º 4.017/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19/05/2022, *DJU* 23/09/2022, Inf. 1.055.

17 Cf. STF, ADI n.º 5.835/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 02/06/2023, *DJU* 27/07/2023; ADI n.º 5.862/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 02/06/2023, *DJU* 27/07/2023, e ADPF n.º 499/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 02/06/2023, *DJU* 27/07/2023, Inf. 1.097.

18 Cf. STF, ADO n.º 54/DF, Rel. Min. André Mendonça, j. 14/03/2024, *DJU* 26/06/2024, e ADPF n.º 760/DF, Rel. Min. André Mendonça, j. 14/03/2024, *DJU* 26/06/2024, Inf. 1.132.

19 Cf. STF, ADC n.º 84/DF, Rel. Min. Cristiano Zanin, j. 11.10.2024, *DJU* 22/10/2024, e ADI n.º 7.342/DF, Rel. Min. Cristiano Zanin, j. 11/10/2024, *DJU* 22.10.2024, Inf. 1.154.0

20 STF, ADPF n.º 1.029/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, j. 26/03/2025, *DJU* 30/05/2025, e RE n.º 1.417.155/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/03/2025, *DJU* 13/08/2025, Inf. 1.171.

>>|

<< Sumário

conversão de uma em outra, e vice-versa. Destarte, em última análise, “é lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental”²¹, e o inverso, “ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos do processo constitucional”^{22, 23}.

5. Hibridação da justiça constitucional

A bipartição entre o modelo difuso-incidental, de matriz americana — em que pode haver litígio entre partes identificadas, na medida em que a ação é promovida pelo demandante em face do demandado, de maneira a afirmar a existência, realização prática ou assecuramento, em concreto, do direito material deduzido em juízo —, e o modelo concentrado-principal, de matriz austríaca — em que não há litígio entre partes individualizadas, uma vez que a ação é proposta pelo requerente contra a lei ou o ato normativo, de sorte a aferir, em abstrato, a constitucionalidade da norma legal impugnada —, de controle de constitucionalidade, diante da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é objeto de flexibilização ou relativização, na linha do pensamento de Lucio Pegoraro (*ibridazione di modelli di giustizia costituzionale*), com o intercâmbio entre eles (Pegoraro, 2015, p. 83; 2020, p. 811), o qual denominamos de “concretização do controle abstrato”, em contraposição à “abstrativização do controle concreto”.

A concretização do controle abstrato é demonstrada pela utilização de institutos de jurisdição constitucional orgânica, vinculada ao controle concentrado, instado pela via de ação direta, em processos deflagrados pelo exercício da jurisdição constitucional

21 Cf. STF, ADI n.º 4.180/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 10/03/2010, DJU 16/04/2010, Inf. 578.

22 Cf. STF, ADPF n.º 72/PA, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/06/2005, DJU 02/12/2005, Inf. 390.

23 A propósito, Luiz Guilherme Marinoni enfatiza que: “A legitimação do princípio da fungibilidade reside, precisamente, no aproveitamento do ato processual praticado, ainda que equivocadamente e fora dos critérios legais, em situações em que seria excessivo exigir o acerto em sua forma específica. A fungibilidade não se destina a legitimar o equívoco crasso. Portanto, é preciso que haja dúvida fundada e objetiva, capaz de autorizar a interpretação inadequada do sistema processual e o seu uso equivocado.” (Marinoni, 2003, p. 512; 2004, p. 183).

das liberdades, voltada ao controle difuso, instrumentalizado pela via de exceção, como, por exemplo: (i) na abertura procedimental admitida pela intervenção de terceiros, (ii) na modulação temporal dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e (iii) na adoção de procedimento especial para a aferição da questão constitucional, à semelhança do *writ of certiorari*, como mecanismo de acesso à Suprema Corte.

A abstrativização do controle concreto é denotada pelo reconhecimento de força normativa, típica do controle principal, instaurado pela via de ação direta, a pronúncias do Poder Judiciário que resolvam contenciosamente litígios existentes na sociedade, tomados no controle incidental, instituído pela via de exceção, sem a intermediação de outro poder, como, por exemplo: (i) no mandado de injunção, individual ou coletivo, (ii) no redimensionamento da suspensão de execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por provimento definitivo do Supremo Tribunal Federal, e (iii) no manejo da reclamação constitucional para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões judiciais e enunciados da súmula vinculante da jurisprudência predominante do tribunal constitucional.

As nomenclaturas sobre as quais nos debruçamos, a toda evidência, não são necessariamente contrárias. A “abstrativização” tem o significado de expansão, de ampliação dos efeitos do controle concreto. A “concretização” tem o significado de extensão, de aplicação dos elementos do controle abstrato. Portanto, as tendências do controle de constitucionalidade brasileiro, dual ou paralelo, operam em ambos os sentidos, mas não possuem o mesmo grau de intensidade (Moraes, 2012, p. 23, e 73-74).

6. Jurisprudencialização sistemática do processo constitucional

A jurisprudencialização do processo, em síntese, designa o fenômeno da crescente importância dos entendimentos formulados pelas cortes superiores na interpretação e aplicação das leis, de forma que o Direito, tradicionalmente focado na legislação, passa a ser fortemente moldado pela jurisprudência (Faria, 2012, p. 23; 2010, p. 177).

A primazia da jurisprudência é demonstrada pela utilização, na tomada de decisão de juízos e tribunais, reiterada e sistemática, de enunciados ou verbetes da súmula da jurisprudência predominante — com eficácia vinculante ou não —, recursos reiterados, incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e, sobretudo, temas de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

O fenômeno pode ser explicado por motivos de ordem jurídica, filosófica e política: (i) filosoficamente, o advento do neoconstitucionalismo contribuiu para o fortalecimento do Judiciário, poder que interpreta os princípios, em detrimento do enfraquecimento do Executivo e Legislativo, poderes que elaboram as regras; (ii) juridicamente, a tutela de minorias, que, como grupos vulneráveis, não encontram nos poderes constituídos pelo voto popular uma representatividade adequada, contribuiu para a ascensão institucional do Judiciário, dentro do quadro de protagonismo do papel dos juízes; e (iii) politicamente, a omissão do Legislativo, que incorreu em mora na efetivação de direitos tutelados pela Constituição da República, associada à ineficiência do Executivo nas obrigações que lhe foram estabelecidas, contribuiu para o desenvolvimento da jurisprudência em torno do baixo grau de efetividade constitucional e, ao reverso, alto grau de inércia legislativa.

A valorização da jurisprudência, à semelhança da interpenetração entre os modelos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, tomando em consideração o trinômio igualdade-estabilidade-previsibilidade na entrega da prestação jurisdicional, demonstra a reaproximação entre o controle difuso, instaurado pela via de exceção, eis que o precedente judicial traduz reiteradas decisões acerca de matéria constitucional, e o controle concentrado, instituído pela via de ação direta, forte no argumento de que o efeito vinculante transcende as controvérsias atuais entre órgãos judiciários e administrativos ou organismos judiciais entre si que motivaram a jurisprudência assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em decorrência de grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A jurisprudencialização do processo não se confunde com o protagonismo judicial, a judicialização da política e o ativismo judicial, de modo que, no espaço dos diálogos constitucionais, é

identificado o protagonismo, ou mesmo a supremacia, do Poder Judiciário, que, por causa da judicialização de relações de natureza social e política, opera o efeito do ativismo, como método de criação judicial do Direito *extra legem*, porém *intra ius*. Pelo fio do exposto, a jurisprudencialização do processo é definida como um fenômeno sistêmico, o protagonismo judicial, uma posição, a judicialização da política, um fato, e o ativismo judicial, um comportamento (Moraes, 2019, p. 15-33).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

7. Pluralização do debate constitucional

O *amicus curiae*, a audiência pública e, de certa forma, a dilação probatória no processo constitucional têm por objetivo, de um lado, pluralizar o debate em torno da Constituição, de maneira a possibilitar que a justiça constitucional disponha de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução dos conflitos constitucionais, e, de outro lado, superar a questão pertinente à legitimidade democrática ou social das decisões proferidas pelos tribunais constitucionais, de sorte a viabilizar a participação formal de pessoas, órgãos e entidades que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais de grupos, categorias ou classes sociais.

O *amicus curiae*, traduzido como “colaborador informal da Corte” (Bianchi, 1995, p. 13), é sistematizado como admissão formal, no processo de controle de constitucionalidade, de autoridades, órgãos ou entidades interessados na discussão sobre a validade da lei ou ato normativo impugnado ou questionado por causa da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, com o efeito da participação da sociedade na justiça constitucional. O instituto tem o condão de franquear ao Supremo Tribunal Federal a decisão com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão constitucional *sub judice*.

A audiência pública, como forma de participação popular na atividade administrativa, consiste no direito político de expor opções, preferências e tendências que possam conduzir a Administração Pública a uma decisão de maior aceitação consensual. Nesse diapasão, a possibilidade de intervenção, direta ou indireta, dos cidadãos na gestão e controle da atividade administrativa

>>|

<< Sumário

é um dos traços da Administração Pública contemporânea, no sentido de “fazer coincidir o mais possível a realidade social e os centros de decisão, em uma expressão progressiva e cotidiana do princípio da soberania popular” (Nigro, 1980, p. 228). No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a audiência pública é tratada pelos arts. 13, inciso XVII; 21, inciso XVII; 154, inciso III, e parágrafo único; e 363, inciso III, todos do Regimento Interno, acrescentados pela Emenda Regimental n.º 29, de 18 de fevereiro de 2009, segundo os quais a realização do ato processual pode ser designada pela Presidência ou Relator de cada processo, por despacho convocatório, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal²⁴.

24 Cf. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arts. 13, inciso XVII; 21, inciso XVII; 154, inciso III, e parágrafo único; e 363, inciso III: “São atribuições do Presidente: [...] – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal; [...] São atribuições do Relator: [...] – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante; [...] Serão públicas as audiências: [...] – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. [...] A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: [...] – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; [...] – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião; [...] – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; [...] – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; [...] – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; [...] – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; [...] – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência. [...] Os atos da competência própria do Presidente, em matéria regimental ou administrativa, obedecem à seguinte nomenclatura: [...] – Despacho – para designar a realização de audiência pública de que tratam os arts. 13, XVII, deste Regimento Interno” (2023, p. 31, 35-36, 38, 40, 95-96, 183-184).

O processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a princípio, não possui dilação probatória (Giannozzi, 1963, p. 413), razão pela qual o Supremo Tribunal Federal chegou a ter “[...] orientação assentada no sentido da impossibilidade de controle principal de constitucionalidade de leis e atos normativos, quando, para o deslinde da questão, se mostrasse indispensável o exame de matéria de fato”²⁵. A comunicação entre norma e fato, que constitui condição da própria interpretação constitucional, entretanto, levou o Tribunal a configurar uma série de regras sobre a valoração de fatos no controle principal de constitucionalidade, tendo como diretriz a investigação integrada dos elementos fáticos e jurídicos do processo, que, em muitas ocasiões, se apresentam de forma não diferenciada ou de modo inseparável. Destarte, nos processos objetivos instaurados pela ação direta de inconstitucionalidade, positiva ou negativa, e arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Relator, se entender necessário, pode ouvir as partes, “observando-se as cautelas necessárias para que tal ato processual não tumultue ou interfira no regular prosseguimento dos autos”²⁶, requisitar informações adicionais e designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou circunstância de fato, “não somente quanto à matéria de fundo, mas também quanto a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do Direito”. Em caso de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o Relator pode, ainda, solicitar informações aos tribunais superiores, aos tribunais federais e aos tribunais estaduais, acerca da aplicação da norma legal impugnada ou questionada, no âmbito da sua jurisdição, no prazo de 30 dias, contados da solicitação dele^{27, 28}.

25 Cf. STF, ADI n.º 1.286/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08/02/1996, *DJU* 06/09/1996, Inf. 18.

26 Cf. STF, ADPF n.º 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10/03/2009, *DJU* 24/06/2009, Inf. 552.

27 Cf. STF, ADPF n.º 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.08.2008, *DJU* 12/04/2021, Inf. 661.

28 A respeito, Klaus Jürgen Philippí defende que o processo de conhecimento envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. Considerando a existência da “comunicação entre norma e fato”, desmistifica a ideia de que a questão constitucional configura simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição. Dessa forma, constata a possibilidade jurídica de exame ou revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados

8. Revisão informal do compromisso político

Informalmente, os processos de mudança da Constituição são reunidos sob a epígrafe “mutação constitucional” (Bulos, 1997, p. 25), denominada, outrossim, “transição informal” (Barroso, 2009, p. 124), “vicissitude constitucional tácita” (Miranda, 1988, p. 131-132) ou “revisão informal do compromisso político” (Canotilho, 1999, p. 1.153).

Considerando a distinção entre o texto (associações sintagmáticas) e o contexto (associações paradigmáticas, linguísticas ou extralinguísticas), a mutação constitucional, discernida por Paul Laband (1895, p. 21) e, sobretudo, Georg Jellinek (1914, p. 126; 1906, p. 54), é exteriorizada como processo informal, no qual há a alteração do contexto, sem que o texto da Constituição seja modificado, a partir da constatação de que a norma constitucional, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente, em razão de nova percepção do Direito ou transformação da realidade de fato. De acordo com Hsü Dau-Lin (1932, p. 29), o fenômeno é identificado pela corrosão e desvalorização das normas afetadas por ele ou, de outro modo, pela incongruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional.

A mutação constitucional, limitada pelas possibilidades semânticas do relato da norma e preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição, é instrumentalizada pela interpretação administrativa ou judicial, bem como pela atividade legislativa e costumes, com vistas à superação da clássica antinomia entre a normatividade e a faticidade ou realizabilidade, imposta pelo positivismo jurídico.

A interpretação constitucional, como mecanismo de atuação da mutação constitucional em que há a modificação do sentido, alcance e conteúdo da norma, contrariamente ao entendimento

pelo legislador, entendendo-se como tal qualquer “fato real” que tenha relevo para aplicação de uma norma. Em seguida, procede à classificação dos fatos legislativos em “fatos históricos”, “fatos atuais” e “eventos futuros”. No tocante aos “eventos futuros”, segundo a concepção dos prognósticos legislativos, a decisão acerca da legitimidade ou ilegitimidade de uma dada lei ou ato normativo depende da confirmação de uma prognose fixada pelo legislador ou da provável verificação de um dado evento. De outro modo, havendo erro no prognóstico, ou a mera inocorrência do evento previsto, estaria viciada de inconstitucionalidade a lei editada sob este fundamento: a não confirmação da prognose legislativa (Philippi, 1971, p. 14-15; 1966, p. 152).

preexistente, não se confunde com a interpretação construtiva, em que há a ampliação da Constituição para criar uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, e a interpretação evolutiva, em que há a aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram nas possibilidades semânticas do texto. A diferença essencial entre uma e outra está no fato de que, na interpretação construtiva, a norma atinge situação fática que poderia ter sido prevista, mas não foi, ao passo que, na interpretação evolutiva, a situação fática não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

A primeira referência à mutação constitucional, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ocorreu em 25 de agosto de 2005 e, desde então, a Corte aludiu ao instituto, pelo menos, em 75 casos concretos (Moraes, 2018, p. 11). Nesse contexto, destacam-se: *Habeas Corpus* n.º 124.306/RJ, no qual as normas veiculadas pelos arts. 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, foram interpretadas conforme o art. 5º, *caput*, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre²⁹; Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP, no qual é discutido o porte para consumo pessoal de entorpecentes e drogas afins a que se refere o art. 5º, inciso XLIII³⁰; *Habeas Corpus* n.º 82.959/SP, no qual foi assegurada a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena, à luz do art. 5º, inciso XLVI, nas hipóteses de crimes hediondos³¹; *Habeas Corpus* n.º 96.772/SP, no qual a ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel sobre o qual versa o art. 5º, inciso LXVII, foi reconhecida pelo Tribunal³²; Recurso Extraordinário n.º 778.889/PE, no qual foi asseverada a possibilidade de extensão da licença-gestante, a teor do art. 7º, inciso XVIII, à adotante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias³³;

29 Cf. STF, HC n.º 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 29/11/2016, DJU 09/12/2016, Inf. 849.

30 Cf. STF, RE n.º 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/09/2015, DJU 22/09/2015, Inf. 798.

31 Cf. STF, HC n.º 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJU 13/03/2006, Inf. 418.

32 Cf. STF, HC n.º 96.772/SP, Min. Celso de Mello, j. 09/06/2009, DJU 19/06/2009, Inf. 533.

33 Cf. STF, RE n.º 778.889/PE, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10/03/2016, DJU 18/03/2016, Inf. 817.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ, na qual foi discutido o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar de que trata o art. 226, § 3º, *início*³⁴; e Recurso Extraordinário n.º 646.721/RS, no qual a norma ventilada pelo art. 1.790 do Código Civil, que estabelece a diferenciação de regimes sucessórios entre os cônjuges e os companheiros, foi declarada inconstitucional, em face do art. 226, § 3º, *in fine*, todos da Constituição da República³⁵.

A nosso sentir, o recurso à mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem demonstrado cinco características: papel contramajoritário, modelo de bricolagem, intensificação do uso, igualdade de reconhecimento e limite semântico.

Papel contramajoritário, porque a Corte tem decidido sobre questões políticas ou moralmente relevantes que muito dificilmente seriam objeto de proposições submetidas à cognição dos poderes Legislativo e Executivo, legitimados democraticamente pelo voto popular.

Modelo de bricolagem, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional de forma mais ou menos aleatória. Nesse enfoque, os magistrados desenvolvem um trabalho de oferecer razões como um *bricoleur*.

Intensificação do uso, porque a Corte tem aumentado significativamente a utilização da mutação constitucional no último biênio, durante o qual podem ser identificadas 57,33% das decisões que abordam o processo informal de mudança constitucional.

Igualdade de reconhecimento, porque o Tribunal tem recorrido à mutação constitucional em questões que giram em torno de minorias, sua identidade e diferenças, inclusive raciais. Nesse sentido, os magistrados desenvolvem um trabalho de concretizar os direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

Limite semântico, porque a Corte tem deliberado, em algumas hipóteses, sobre o sentido, alcance e conteúdo de normas introduzidas no texto constitucional sem, no entanto, apego às possibilidades semânticas do relato da norma constitucional (Vieira, 2025, p. 32).

34 Cf. STF, ADPF n.º 132/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, j. 05/05/2011, DJU 13/05/2011, Inf. 625.

35 Cf. STF, RE n.º 646.721/RS, Rel. Roberto Barroso, j. 10/05/2017, DJU 15/05/2017, Inf. 864.

9. Solução por consensualidade constitucional

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

A autocomposição, como equivalente jurisdicional ou meio integrado de resolução de conflitos, inerente à “Justiça Multiportas” (Cunha, 2023, p. 637; 2020, p. 140), é desenvolvida pela conciliação e mediação, enquanto atividade técnica exercida por terceiro imparcial, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver solução consensual para a controvérsia.

No âmbito dos tribunais constitucionais, os instrumentos de autocomposição são utilizados, com alguma frequência, desde o início do século XXI, especialmente para a solução de impasses federativos (Michelman, 2011, p. 278).

No exterior, Robert Buckholz Jr., Daniel Cooper, Alan Gettner, Joan Guggenheimer, Edward Rosenthal e Mark Rotenberg (1978, p. 828) defendem a admissibilidade de indicação de monitores responsáveis pela mensuração dos níveis de implementação das decisões judiciais, da mesma forma que Colin Diver entende pela viabilidade de nomeação de *experts* para auxiliar os tribunais constitucionais na fase de implementação, de maneira a possibilitar a supervisão quanto ao grau de cumprimento da decisão jurisdicional (Diver, 1979, p. 105). À guisa de informação, a Corte Constitucional da Colômbia, a Suprema Corte da Índia e a Corte Constitucional da África do Sul têm desenvolvido um modelo judicial aberto, dialógico e participativo, com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões que lhes são submetidas, como, por exemplo, a nomeação de comissões de acompanhamento para a realização de inspeções, além da coleta de informações sobre a execução das decisões tomadas pela justiça constitucional (Guruswamy; Aspatwar, 2013, p. 351).

No Brasil, a possibilidade jurídica do manejo das técnicas de autocomposição na jurisdição constitucional foi consubstanciada no enunciado n.º 175, da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal — sob a *coordenação-geral* dos Ministros Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino —, de acordo com o qual “as técnicas de autocomposição são compatíveis com o exercício da jurisdição constitucional, inclusive na fase pré-processual, podendo ser aplicadas em ações de competência da Suprema Corte.” (Conselho da Justiça Federal, 2021, p. 36).

>>|

<< Sumário

O recurso às formas alternativas de solução consensual em processo objetivo de litígios constitucionais sobreveio no julgamento da Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 25/DF, de 20 de maio de 2020, no qual o Supremo Tribunal Federal homologou acordo firmado entre a União, os Estados e o Distrito Federal, com resguardo da parcela constitucionalmente reservada aos Municípios, dispondo sobre soluções jurídicas para resolver o impasse na discussão, envolvendo valores pretéritos e futuros, acerca da norma prevista no art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não regulamentada pelo Congresso Nacional³⁶.

Em seguida, a negociação federativa foi retomada no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 7.191/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 984/DF, ambas sob a relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, e que giravam em torno do debate acerca da essencialidade de combustíveis, energia elétrica, telecomunicações e transporte, para fins de cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, nas leis estaduais e distrital das 27 unidades federativas, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal homologou acordo firmado entre a União e todos os Entes Estaduais e Distrital, para encaminhamento ao Congresso Nacional, para as providências cabíveis acerca do aperfeiçoamento legislativo nas Leis Complementares n.º 192/2022 e 194/2022, diante do art. 155, §§ 2º, 4º, inciso IV, e artigo 5º, da Constituição da República^{37, 38}.

Os processos de autocomposição em epígrafe têm o condão de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal pode designar audiência de conciliação, com notas de mediação, envidada a possibilidade de apresentação de proposta conciliatória e, se for a hipótese, contraproposta conciliatória para tentativa de solução consensual do litígio constitucional.

Frustrada a conciliação, deve o tribunal proceder à instituição de comissão especial, com a supervisão do Supremo Tribunal Federal,

36 Cf. STF, ADO n.º 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/05/2020, DJU 12/11/2020, Inf. 978.

37 Cf. STF, ADI n.º 7.191/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/12/2022, DJU 19/12/2022, Inf. 1.079.

38 Cf. STF, ADPF n.º 984/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/12/2022, DJU 19/12/2022, Inf. 1.079.

revelando-se possível, não somente a designação de instrutor, como também a deliberação acerca da confidencialidade do procedimento de comunicação entre os participantes, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança. Para a satisfação do interesse autocompositivo, a comissão especial, a critério do instrutor, pode acolher manifestações escritas e orais de pessoas, órgãos e entidades, públicas e privadas, além de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, e de realização de auditoria. Ao final das reuniões da comissão especial, que devem ser documentadas nos autos, a proposta de solução consensual é deliberada, votada e, caso aprovada, referendada formalmente pelos participantes.

Preenchidas as formalidades legais, compete ao Supremo Tribunal Federal homologar o acordo político-jurídico, que passa a possuir, desde então, eficácia erga omnes e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

A decisão que homologar o acordo deve ser encaminhada ao Congresso Nacional para as deliberações cabíveis acerca do aperfeiçoamento legislativo nas normas jurídicas em torno das quais se estabeleceu o diálogo constitucional³⁹.

Por último, a autocomposição deve ser objeto de acompanhamento de cumprimento a cargo do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, pode ser provocado a homologar novo acordo a respeito da questão constitucional, como desdobramento do ajuste entabulado pela abertura da via autocompositiva (Moraes, 2024, p. 451-458).

10. Utilização persuasiva da jurisprudência estrangeira

O uso de jurisprudência estrangeira é identificado pela utilização de precedentes que, malgrado tenham sido emitidos por um tribunal nacional, são recebidos por outro com valor persuasivo (Tushnet, 2009, p. 268-270; 1999, 1.228-1.229).

39 Cf. STF, segundo julgamento na ADI n.º 7.191/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/06/2023, DJU 28/06/2023, e STF, segundo julgamento na ADPF n.º 984/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05/06/2023, DJU 28/06/2023, Inf. 1.097.

Do ângulo do tribunal emissor, os precedentes nacionais devem ser usados como “decisões pretéritas que funcionam como modelos para decisões mais recentes”, tendo em vista a “aplicação de lições do passado para a resolução de casos concretos do presente e do futuro” (MacCormick; Summers, 1997, p. 522).

Do ângulo do tribunal receptor, os precedentes estrangeiros podem ser utilizados como *holding* ou *ratio decidendi*, em ordem a justificar racionalmente os fundamentos de decisões sobre questões constitucionais que permeiam os sistemas jurídicos contemporâneos, sob a égide do Direito Constitucional de convergência (Jenkins, 2009, p. 19-20).

Somos do entendimento de que os modelos de uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais, levando em consideração o grau de acolhimento, ou até de rejeição, total ou parcial, do constitucionalismo multinacional, são quadripartidos em resistência ou repulsão, incorporação ou alinhamento, assimilação ou assenhramento e referência ou reprodução.

A modelagem da resistência pode ser identificada pela repulsa de um tribunal constitucional à jurisprudência de outro. O tribunal nacional, ao solucionar a questão constitucional, defende uma tese que se contrapõe à jurisprudência estrangeira.

Por exemplo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/DF, que discutia a anistia dos crimes políticos na ditadura cívico-militar que perdurou no Brasil entre 1964 e 1985, o Supremo Tribunal Federal compilou as decisões do “Caso José Matías Nanco”, no qual a Suprema Corte do Chile, em 18 de janeiro de 2007, declarou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade⁴⁰, e do “Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet”, no qual a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, em 19 de outubro de 2009, declarou a inconstitucionalidade da *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*^{41, 42}. A Corte, no entanto, deliberou que

40 Cf. Corte Suprema de Chile. *Recurso de Casación*. Rol n.º 2.666-2004.

41 Cf. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, *Sentencia* n.º 365/2009.

42 Da mesma forma, a Corte Suprema de Justicia da Nação Argentina, em 13 de julho de 2007, declarou a inconstitucionalidade de indulto concedido a um general de divisão do Exército, no “Caso Santiago Omar Riveros” (CSJN, *Fallos* 42:2333).

[...] o argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. A Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida no momento histórico da transição para a democracia. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a reescrever leis de anistia⁴³.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

O modelo da incorporação é individualizado pela absorção da jurisprudência de um tribunal constitucional por outro. O tribunal nacional não somente procede à alusão da jurisprudência estrangeira, como também a utiliza no julgamento da questão constitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, que apreciou a validade da Lei de Biossegurança, o Supremo Tribunal Federal do Brasil utilizou, com o intuito de persuasão, o “Caso Schwangerschaftsabbruch”, no qual o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 28 de maio de 1993, examinou os meios de geração de células-tronco embrionárias⁴⁴, e o “Caso *Reproducción Humana Asistida*”, no qual o Tribunal Constitucional da Espanha, em 17 de junho de 1999, obistou a produção de embriões humanos para o fim de pesquisa^{45, 46}. A Corte, então, deliberou que

43 Cf. STF, ADPF n.º 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 29/04/2010, DJU 06/08/2010, Inf. 584.

44 Cf. BVerfGE 88, 203.

45 Cf. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, 8 jul. 1999, p. 162.

46 O regime jurídico da pesquisa científica com células-tronco embrionárias não é uniforme, no âmbito dos Estados Unidos da América. A transferência nuclear de células somáticas é permitida sob certas condições nos Estados da Califórnia, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Missouri, Nova Jersey e Rhode Island. A pesquisa com células-tronco embrionárias é permitida nos Estados do Arkansas, Indiana, Montana, New Hampshire e Virginia. A pesquisa com linhagens de células-tronco embrionárias criadas depois de um termo final é proibida no Estado de Oklahoma. A pesquisa com embriões ou produtos de células derivadas de embriões é proibida nos Estados do Arizona, Flórida, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, Dakota do Norte, Pensilvânia e Dakota do Sul (cf. Orobkin, 2007, p. 4).

>>|

<< Sumário

[...] a pesquisa científica com células-tronco embrionárias objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência às criaturas humanas que sofrem. Inexistência de ofensas ao direito à vida, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade⁴⁷.

A modelagem da assimilação pode ser identificada pelo ajustamento de um tribunal constitucional à jurisprudência de outro. O tribunal nacional, ao solucionar a questão constitucional, desenvolve uma tese que se coaduna com a jurisprudência estrangeira.

Por exemplo, no Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP, em ordem a embasar o status supralegal dos tratados internacionais de proteção de direitos humanos em que o Brasil seja parte, o Supremo Tribunal Federal, na medida do possível, internalizou o “*Caso Nordstern Allgemeine Versicherung AG v. Vereinigte Stinees Rheinreedereien*”^{48, 49}, no qual o Supremo Tribunal dos Países Baixos, em 7 de março de 1996, deixou consignado que o

[...] Reino não se obriga por tratados, nem tais tratados podem ser denunciados, sem a prévia aprovação dos Estados Gerais. Qualquer disposição de um tratado que conflite com a Constituição, ou que acarrete um

47 Cf. STF, ADI n.º 3.510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008, DJU 28/05/2010, Inf. 508.

48 Cf. STF, RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJU 05/06/2009, Inf. 531.

49 De modo semelhante, a Corte de Cassação Francesa, em 24 de maio de 1975, formou o entendimento de que “os tratados ou acordos internacionais regularmente ratificados e aprovados têm uma autoridade superior à das leis, mesmo as posteriores”, no “*Caso Société des Cafés Jacques Vabre v. Administration des Douanes*. *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, Chambres Civiles*, n. 1, p. 867.

conflito com ela, deve ser aprovado pelas Câmaras dos Estados Gerais, por uma votação de dois terços de votos favoráveis⁵⁰.

O modelo da referência é individualizado pela repetição da jurisprudência de um tribunal constitucional por outro. O tribunal nacional não deixa de proceder à alusão da jurisprudência estrangeira, conquanto não a utilize no julgamento da questão constitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 595/ES e, bem assim, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 514/PI, embora o Supremo Tribunal Federal do Brasil tenha focalizado a *Décision n.º 71-44 DC*, de 16 de julho de 1971, na qual o Conselho Constitucional da França delimitou o bloco de constitucionalidade^{51, 52}, o tribunal nacional houve por bem extinguir o processo constitucional sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto^{53, 54}.

Conclusão

Conclui-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal tem ampliado as fronteiras do controle de constitucionalidade, não apenas no que se refere ao parâmetro, sobretudo pelo reconhecimento do maior grau de liberdade na conformação do processo constitucional que

50 Cf. *International Law Reports*, v. 74, Londres, Cambridge University Press, p. 2.

51 Cf. *Journal Officiel*, Paris, 16 jul. 1971, p. 7.114.

52 A definição de bloco de constitucionalidade, nos Estados Unidos da América, não restou consubstanciada, em que pese a Suprema Corte, no “Caso James McCulloch v. State of Maryland”, de 1819, ter deliberado que “não devemos nos esquecer que essa é a Constituição que nós estamos a expandir”. O Tribunal norte-americano, em consequência disso, no “Caso Max Lerner v. Hugh Casey, William Fullen, Harris Klein *et alii*”, de 1958, refutou a existência de qualquer *constitutional block* para, depois, negar provimento a recurso constitucional interposto contra decisão proferida pela Corte de Apelação do Estado de Nova York. *James McCulloch v. State of Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) e *Max Lerner v. Hugh Casey, William Fullen, Harris Klein et alii*, 357 U.S. 468 (1958).

53 Cf. STF, ADI n.º 595/ES, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18/02/2002, DJU 26/02/2002, Inf. 258, e STF, ADI n.º 514/PI, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/03/2008, DJU 27/03/2008, Inf. 514.

54 Para a análise do bloco de constitucionalidade, como exemplo de alargamento da parametricidade constitucional, vide item 1.

lhe é próprio, mas também no que se reporta ao objeto, que não se restringe mais a leis e atos normativos devidamente formalizados.

Nesse diapasão, a Corte lança mão do princípio da fungibilidade entre os instrumentos ou mecanismos de controle de constitucionalidade, que, a seu ver, estão em processo de hibridação, de forma progressiva e irreversível.

Em linha com a valorização da jurisprudência, a pluralização e a legitimação de debate no processo constitucional são objetivos perseguidos pelo Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que recorre sistematicamente à mutação constitucional e, nas hipóteses de impasses federativos, às formas alternativas de solução consensual de litígios constitucionais.

Por fim, diante do reconhecimento recíproco entre tribunais engajados na comunicação transnacional, que compartilham valores que lhes são comuns, utiliza a Corte a jurisprudência estrangeira, em ordem a persuadir os interlocutores do debate constitucional (Moraes, 2025, p. 1-28).

Referências

- ANGIOLINI, Vittorio. *La “manifesta infondatezza” nei giudizi costituzionali*. Padova: Cedam, 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporânea: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BIANCHI, Paolo. Un’amicizia interessata: l’amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano: Giuffrè, ano XI, fasc. 6, nov.-dez. 1995.
- BUCKHOLZ JR., Robert; COOPER, Daniel; GETTNER, Alan; GUGGENHEIMER, Joan; ROSENTHAL, Edward; ROTENBERG, Mark. The Remedial Process in Institutional Reform Litigation. In: *Columbia Law Review*, New York, v. 78, n. 4, p. 784-929, 1978.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Roma: Tre-Press, 2024.
- Conselho DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). II Jornada – prevenção e solução extrajudicial de litígios: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2021. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1712>. Acesso em: 30 nov. 2025.
- Constituição Política da República de Colômbia. Art. 93. Disponível em: https://constitucion.co/titulo_ii/capitulo_4/articulo_93. Acesso em: 30 nov. 2025.

CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DA REPÚBLICA DO PANAMÁ. Washington: Political Database of the Americas, Georgetown University, [s. d.]. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2025.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça Multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. In: *Revista de Direito Processual*, n. 1, 2020.

DAU-LIN, Hsü. *Die Verfassungswandlung*. Berlim: Walter de Gruyter & Co., 1932.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. O poder de definição da pauta no STF: reflexões sobre um caso de configuração autocrática do processo objetivo. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 878, p. 11-28, dez. 2008.

DIVER, Colin. Judge as Political Powerbrokers: superintending structural change in public institutions. In: *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 65, n. 1, p. 43-106, fev. 1979.

FARIA, Gustavo de Castro. *Jurisprudencialização do Direito: reflexões no contexto da processualidade democrática*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FARIA, Gustavo de Castro. O contraditório e a fundamentação das decisões judiciais sob o enfoque de uma teorização processual democrática. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (orgs.). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2010.

FAVOREU, Louis. *La Constitution et son juge*. Paris: Economica, 2014.

FAVOREU, Louis. Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après le jurisprudence du Conseil Constitutionnel. In: WALINE, Marcel (org.). *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*. Paris: Éditions Cujas, 1975.

GIANNOZZI, Giancarlo. Riflessioni intorno all'oggetto del processo costituzionale. In: *JUS – Rivista di Scienze Giuridiche*, Milão, Nova Série, ano XIV, fasc. III-IV, jul.-dez. 1963.

GURUSWAMY, Menaka; ASPATWAR, Bipin. Access to Justice in India: the jurisprudence (and self-perception) of the Supreme Court. In: MALDONADO, Daniel (org.). *Constitutionalism of the Global South: the activist tribunals of India, South Africa and Colombia*. New York: Cambridge University Press, 2013.

JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1914.

JELLINEK, Georg. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1906.

JENKINS, Jeffrey A. *The American Courts: a procedural approach*. Sudbury: Jones & Bartlett Learning, 2009.

LABAND, Paul. *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895.

MACCORMICK, Donald N.; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: comparative study*. Brookfield: Ashgate Publishing Co., 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MERA, Manuel Eduardo Góngora. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del “jus constitutionale commune” latinoamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FIERRO, Héctor Fix; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). *“Jus Constitutionale Commune” en America Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- MICHELMAN, Frank. The Interplay of Constitutional and Ordinary Jurisdiction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (orgs.). *Comparative Constitutional Law*. Northampton: Edward Elgar, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed., v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Guilherme Peña de. Utilização persuasiva da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais. In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, São Paulo, v. 23, n. 1, p. 1-34, jan.-jun. 2025.
- MORAES, Guilherme Peña de. Autocomposição no âmbito do Supremo Tribunal Federal. In: CURY, Cesar Felipe; MELO, Daniela Muniz Bezerra de (orgs.). *Manual de Justiça Multiportas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2024.
- MORAES, Guilherme Peña de. Desafios atuais na garantia de direitos fundamentais no Brasil. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Cleyson de Moraes; ALMEIDA NETO, José Rogério Moura de (orgs.). *Direitos Humanos – Cátedra Daisaku Ikeda*, v. III. Rio de Janeiro: Processo, 2023a.
- MORAES, Guilherme Peña de. A justiça constitucional a serviço da democracia. In: SCHREIBER, Anderson; MELLO, Marco Aurélio Bezerra de (orgs.). *Direito e transformação social*. Indaiatuba: Foco, 2023b.
- MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: *Revista Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 15-33, out. 2019.
- Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/155/32>. Acesso em: 30 nov. 2025.
- MORAES, Guilherme Peña de. Constitucionalismo brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição Cidadã. In: MORAES, Guilherme Peña de (org.). *30 Anos da Constituição Federal e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Constitucionalismo multinacional: uso persuasivo da jurisprudência estrangeira pelos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MORAES, Guilherme Peña de. Desafios atuais na garantia de direitos fundamentais no Brasil. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Cleyson de Moraes; ALMEIDA
- MORAES, Guilherme Peña de. *Justiça constitucional: limites e possibilidades da atividade normativa dos tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Governo e governança em tempos de mundialização: reflexões à luz dos novos paradigmas do Direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 243, set.-dez. 2006.

NIGRO, Mario. Il nodo della partecipazione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, v. 34, n. 1, p. 225-236, mar. 1980.

OLAYA, Mónica Arango. El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. In: *Precedente Revista Jurídica*, Cali, v. 4, p. 79-102, 2004.

OROBKIN, Russell. *Stem Cell Century: law and policy for a breakthrough technology*. New Haven: Yale University Press, 2007.

PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Torino: Giappichelli, 2015.

PEGORARO, Lucio. Il diritto pubblico comparato in cerca di una identità. In: *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Milão, v. 42, n. 1, p. 811-820, 2020.

PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts: ein Beitrag zur rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*. Köln: Heymann, 1971.

PHILIPPI, Klaus Jürgen. *Reflexion und Wirklichkeit*. Tübingen: Max Niemeyer, 1966.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. *La "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, Patricia. La libertad del Tribunal Constitucional Federal alemán en la configuración de su derecho procesal. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 62, 2001.

Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2025.

TUSHNET, Mark V. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2009.

TUSHNET, Mark V. Possibilities of Comparative Constitutional Law. In: *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 108, n. 6, p. 1.225-1.309, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Mutações não podem desvirtuar a Essência da Constituição. In: *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 28 nov. 2025.

WAHL, Rainer; WIELAND, Joachin. La jurisdicción constitucional como bien escaso: el acceso al Bundesverfassungsgericht In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 17, n. 51, p. 11-35, set.-dez. 1997

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Os litígios estruturais nas portas do sistema de Justiça

Structural disputes at the doors of the Justice system

MICHELLE BRUNO RIBEIRO¹ 

Resumo

A solução dos litígios estruturais impõe grandes desafios ao sistema de Justiça, ao mesmo tempo que são imprescindíveis no que promovem de forma coletiva — em última análise, direitos fundamentais. As dificuldades de judicialização dos litígios dessa natureza são conhecidas e inerentes aos elementos desses litígios. O presente estudo parte dessa premissa e se vale de uma revisão bibliográfica para apresentar uma possibilidade de resolução desses litígios, por meio do Tribunal Multiportas de Frank Sander, mais precisamente da coordenação do uso simultâneo e alternativo das portas do sistema de Justiça (*lato sensu*), consolidada num desenho de sistema de resolução de disputa, instrumento responsável pela customização de um sistema que permita atender às necessidades de um caso concreto específico.

Palavras-chave: processo estrutural; métodos alternativos de resolução de conflitos; Justiça Multiportas; Desenho do Sistema de Disputas (DSD), direitos fundamentais.

1 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito Civil pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestra em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6568-5782>

Abstract

The solution of structural disputes imposes great challenges to the Justice system at the same time as they are essential in what they collectively promote — ultimately, fundamental rights. The difficulties of judicializing disputes of this nature are known and inherent to the elements of these disputes. The present study starts from this premise and uses a bibliographic review to present a possibility of resolving these disputes through Frank Sander's Multi-Door Courthouse, more precisely the coordination of the simultaneous and alternative use of the doors of the Justice system, consolidated in a dispute resolution system design, an instrument responsible for customizing a system that allows meeting the needs of a specific concrete case.

Keywords: structural process; alternative conflict resolution methods; Multi-Door Justice; Dispute System Design (DSD), fundamental rights.

Introdução

Os litígios estruturais são espécie dos litígios de difusão irradiada² e decorrem de um dano que é distribuído de maneira diferente entre os integrantes da sociedade. A sociedade titular dos direitos violados por esse litígio é criada a partir da lesão causada por uma falha ou inexistência de uma estrutura, instituição ou política pública que afeta os indivíduos de modo bastante diverso. São situações de elevada conflituosidade e complexidade, nas quais há vários resultados possíveis para o litígio, visto que a sociedade, que é a titular desses direitos, tem interesses variados, algumas vezes até antagônicos.

A judicialização desses litígios é bastante questionada, seja em razão do alegado déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário, seja por causa da suposta ausência de capacidade institucional da Justiça para sediar a resolução de conflitos dessa natureza, exatamente decorrente da mencionada conflituosidade

2 Os litígios irradiados são aqueles que envolvem pessoas determinadas, mas atingem esses sujeitos de formas e intensidades distintas e variadas, sem que entre elas exista uma perspectiva uniforme, com relação ao conflito (Vitorelli, 2019).

e complexidade do litígio. A transferência ao Judiciário de decisões acerca dos litígios estruturantes atrai até mesmo a pecha de ativista ao órgão julgador que as prolatar. Contudo, o presente trabalho não se presta a afastar a possibilidade de judicialização de tais questões. O modelo estruturante de processo proposto por Owen Fiss (2004) possibilita a construção judicial de soluções para litígios dessa natureza, mas não sem um comprometimento, por parte do órgão julgador, com a adoção desse modelo diverso do tradicional de condução do processo, bem como das partes envolvidas, que também devem estar comprometidas com essa forma nada tradicional e de longa duração de litigância judicial.

Em razão das dificuldades do processo estrutural, entendemos que a coordenação dos métodos de resolução de conflitos insertos no conceito da Justiça Multiportas através de um desenho prévio — mas não estático — de um sistema de disputas (ou de litígios, como entendemos mais pertinente ao tema aqui apresentado), sem, no entanto, excluir a própria porta do Judiciário em casos de bloqueio dos diálogos necessários para as soluções consensuais, pode representar um caminho profícuo, democrático e transparente para a solução dos litígios estruturantes.

1. Litígios coletivos: uma nova classificação sobre direitos transindividuais

A solução de litígios envolvendo direitos transindividuais passa necessariamente pela identificação dos seus titulares. Não há como construir um desenho efetivo de solução de conflitos dessa natureza, sem que se localizem os titulares do direito violado. Por outro lado, Vitorelli (2019) entende que a identificação da titularidade de um direito transindividual no seu estado íntegro, sem que tenha ocorrido qualquer violação, é inútil, eis que pasteuriza essa titularidade, impedindo que se perceba a diferença de intensidade com a qual os indivíduos, titulares do direito transindividual em questão, são atingidos, já que essa intensidade só é verificável quando a violação ocorre.

Assim, a identificação de um litígio como coletivo é tida por Vitorelli (2019) como premissa para uma nova teoria acerca da titularização dos direitos transindividuais, diversa daquela apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, parágrafo único, *in verbis*:

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Como se vê, a teoria tradicional categoriza os direitos transindividuais em abstrato, apontando sua indivisibilidade e os diferenciando entre difusos e coletivos, conforme características da sua titularidade, como se a identificação *a priori* da origem do *vínculo entre os titulares*, seja ele *fático* ou *jurídico*, e de serem esses titulares determináveis ou indeterminados, fosse capaz de atrair corretamente as consequências legais acerca, principalmente, da legitimidade para atuar nos casos de lesão ou ameaça de lesão a esses direitos. Ou seja, são conceitos construídos abstratamente, mas que se destinam a orientar condutas de defesa desses direitos em juízo, num cenário onde já há uma litigiosidade com contornos definíveis a partir das características do caso concreto.

O novo paradigma classificatório também afasta a diferenciação entre direitos transindividuais e individuais homogêneos, que, nos termos do CDC, usualmente reside na determinação (ou

não) dos titulares do direito, sendo determinados aqueles que titularizam tais direitos — e por isso chamados de individuais homogêneos, ou seja, o direito está individualizado —, e não transindividuais (titulares indeterminados ou indetermináveis). Contudo, sob a perspectiva do litígio, é sempre possível identificar uma sociedade titular do direito em questão, conforme veremos no tópico seguinte.

Dessa forma, caminha com acerto Vitorelli (2019) quando aduz a pouca utilidade de uma classificação de direitos transindividuais que parte de elementos abstratamente verificados acerca da sua titularidade, visto que esses mesmos elementos, quando analisados sob o prisma de uma violação concreta desses direitos, apresentam características bem mais complexas, não se encaixando na segregação posta pelo CDC, o que atrapalha a correta identificação do desenho de solução do litígio existente.

1.1 O que é um litígio coletivo?

Considerando a premissa de a litigiosidade ser coletiva, para que possamos identificar a legitimidade dos direitos transindividuais Vitorelli afirma que o litígio coletivo é

[...] o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais (2019, 76).

Esse conjunto é identificado como sociedade. Contudo, as acepções de sociedade são identificadas em cada tipo de conflito, a partir de parâmetros sociológicos, e reunidas por Elliott e Turner (2012) em três grupos. Considerando que a tipologia de litígios coletivos de Vitorelli (2020) se baseia nesses conceitos de sociedade, entendemos útil apresentá-los, sem a pretensão de esgotar o tema, até mesmo porque a pergunta “o que é sociedade?” é foco de intermináveis debates, no âmbito da Sociologia. Vejamos.

1.2 As três concepções de sociedade por Elliott e Turner

Elliott e Turner (2012) propõem três concepções de sociedade. Inicialmente, temos a sociedade como estrutura. É a sociedade como um elemento supracoletivo, representando uma vontade geral distinta da mera agregação da vontade individual de todos. É um discurso que se alinha com a Teoria do Estado, já que este seria o responsável pela promoção da orientação geral da sociedade. Durkheim (1999) é um expoente dessa concepção de sociedade.

A sociedade como solidariedade surge com expressividade no período pós-Segunda Guerra Mundial, quando os códigos morais passaram a ser compartilhados entre os grupos de indivíduos, formando uma comunidade de sentimentos. Tönnies (1947) é um dos autores centrais na análise de sociedades marcadas por intenso sentimento de comunidade. Intragrupos, as relações sociais são intrinsecamente interpessoais, dialógicas e baseadas no entendimento mútuo ou consensual, não havendo o mencionado conflito entre a vontade geral e as vontades individuais, presente na sociedade como estrutura.

Por fim, temos a sociedade como criação. Essa concepção considera a elasticidade das relações modernas, como as conduzidas no mundo virtual. Georg Simmel (1983) aduz que a sociedade é um processo em andamento, e o ponto fulcral é o indivíduo e suas interações diretas com outros indivíduos, já que as instituições e estruturas por eles criadas são cristalizações dessas interações.

A partir dessas três concepções de sociedade resumidamente expostas, Vitorelli desenvolve uma classificação dos litígios transindividuais em três categorias, tendo como titulares em cada uma delas uma das três concepções de sociedade.

1.3 As categorias de litígios transindividuais

Acompanhando as três categorias de sociedade trazidas por Elliott e Turner (2012), Vitorelli (2019) categoriza os litígios coletivos em três: litígios transindividuais de difusão global, litígios transindividuais de difusão local e litígios transindividuais de difusão irradiante.

Relacionada com a primeira concepção de sociedade, temos os litígios transindividuais de difusão global. Nestes, a lesão não atinge diretamente os interesses de nenhuma pessoa, ou seja, a titularidade de tais direitos é da sociedade enquanto estrutura. Essa sociedade na condição de estrutura se subdivide em subgrupos correspondentes a cada Estado nacional, já que a inexistência de uma estrutura transnacional de tutela coletiva impõe que cada Estado, conforme suas normas de direito interno, atue na tutela daquele bem violado. Caso essa atuação se mostre insuficiente, outras instituições da jurisdição coletiva daquele Estado, desde que devidamente autorizadas pelo mesmo ordenamento jurídico interno, farão essa defesa.

Um exemplo desse tipo de litígio é a lesão ao meio ambiente, consistente no aquecimento global. Individualmente, não há interesse suficiente para justificar a tutela dessa violação, mas, para a perspectiva global, há um dever do Estado em tutelar tal direito que afeta a humanidade.

Nesse tipo de litígio, temos baixa conflituosidade, entendida como a discordância entre os integrantes da sociedade, com relação àquele litígio. Essa baixa conflituosidade se deve diretamente ao baixo interesse individual no objeto do litígio pelos integrantes da sociedade enquanto estrutura. Vimos que essa concepção de sociedade parte de uma vontade geral diversa da agregação de vontades individuais. Desta feita, o grau de envolvimento individual no conflito é baixo, resultando numa pequena, ou mesmo inexistente, conflituosidade.

Com relação à complexidade do litígio, esta varia conforme a existência de várias formas de tutela da violação em questão. Vitorelli afirma que, “quanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio” (2019, p. 77). No que tange aos litígios transindividuais de difusão global, a complexidade é variável, a depender do objeto da tutela.

Os litígios transindividuais de difusão local resultam das lesões que atingem a sociedade enquanto comunidade solidária. Nesse caso, temos como titulares grupos sociais no sentido de comunidade, cujos indivíduos estão unidos através de fortes laços, o que se traduz num elevado nível de consenso, como, por exemplo, as comunidades indígenas. Poderíamos pensar, portanto, que a

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

conflituosidade interna é baixa. Contudo, não nos esqueçamos de que há interesse individual, consistente nessa concepção de sociedade, o que pode gerar conflituosidade. Algumas vezes, há um consenso macro que une uma determinada comunidade, mas, com relação a aspectos periféricos da lesão, são variáveis e, dependendo de como esse dano afeta cada indivíduo, o consenso se dissolve, caracterizando a conflituosidade intrassocial.

Vitorelli também traz a possibilidade de um segundo círculo de litígios locais, no qual os laços de solidariedade são mais tênues, em razão de seus indivíduos se colocarem na mesma perspectiva social: litígios coletivos advindos do Direito do Trabalho; outros referentes a vítimas de um mesmo acidente; outros relativos aos tratamentos de saúde disponíveis para pessoas com uma mesma doença; e litígios que envolvem minorias sociais. Nesse segundo círculo, a conflituosidade interna é maior, sendo mais difícil definir como será feita a representação do grupo no processo. Sobre a complexidade, entendemos que depende do direito lesionado, se permite variabilidade de formas de tutela da violação em questão ou não.

Por fim, temos os litígios transindividuais de difusão irradiada. Nesses, o dano é distribuído de maneira diferente entre os integrantes da sociedade, tanto no aspecto qualitativo como quantitativo. São situações de elevada conflituosidade e complexidade, em que há vários resultados possíveis para o litígio, e a sociedade, que é a titular desses direitos, tem interesses variados, algumas vezes até antagônicos. Aqui a concepção de sociedade mais adequada é a terceira que apresentamos, a da sociedade como criação, uma sociedade construída a partir da lesão.

Um exemplo preciso sobre esse tipo de litígio foi o rompimento da barragem de Mariana (Minas Gerais), onde há vários subgrupos afetados pelo desastre: famílias que tiveram parentes mortos; pescadores que trabalhavam no Rio Doce, afetado pelo desastre, e que não puderam mais pescar; habitantes da região que ficaram sem água potável por muitos dias, dentre outros. O que vemos é a ausência de vínculos de solidariedade entre esses subgrupos. O vínculo é apenas o fato lesivo, e que também não foi suficiente para construir alguma espécie de consenso entre esses subgrupos, eis que as soluções para cada uma dessas lesões são diferentes e, muitas vezes, conflitantes.

2. Os litígios estruturais e o sistema de Justiça

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Os litígios estruturais integram a categoria dos litígios transindividuais de difusão irradiada, pois, quando há necessidade de reestruturação do funcionamento de instituições, públicas ou privadas, ou de políticas públicas (Fachin; Schinemann, 2018), haverá impactos consistentes sobre grupos distintos de pessoas, com interesses variados, ou seja, elevado grau, tanto de complexidade, considerando a dimensão das mudanças necessárias para a citada reestruturação, quanto de conflituosidade, tendo em vista a variabilidade dos interesses envolvidos. Nos litígios estruturais, temos como titular do direito a sociedade criada pela falha estrutural, responsável pela violação de direitos.

Um caso recente de processo estrutural é o processo decidido pelo STF, por meio do julgamento do RE 566.471, em março de 2020, que trata do tema relativo ao fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis no SUS. A decisão mencionada já é resultado de um grupo de trabalho instituído em março de 2010 pelo CNJ, que, após uma audiência pública, gerou um conjunto de recomendações a juízes para a análise de ações em saúde, dentre elas a Recomendação CNJ n.º 31/2010. Por intermédio dessa norma, mais do que incentivar que juízes sejam deferentes à política de saúde e incorporem argumentos técnicos em suas decisões, o CNJ passou a recomendar que tribunais estaduais e federais criassem estruturas próprias de diálogo e assistência a juízes em temas de Direito Sanitário. Ademais, tal recomendação também resultou na criação do Fórum da Saúde do Judiciário, que se submete à supervisão do plenário do CNJ, o qual é presidido pelo presidente do STF e integrado por magistrados e membros do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos governos estaduais, da Defensoria Pública dos Estados, Ordem dos Advogados do Brasil e de universidades e instituições de pesquisa (Vasconcelos, 2020).

Caracterizado brevemente o litígio estrutural, vemos que a conflituosidade elevada é um elemento marcante dos litígios estruturantes. No que se refere à violação de direitos fundamentais, comumente temos o Estado como violador, responsável por várias falhas ou mesmo pela inexistência das estruturas

>>|

<< Sumário

de suas instituições ou políticas. Evidente que não é possível afastar, em geral, a possibilidade de falhas estruturais serem atribuídas apenas a entes privados. Porém, considerando o papel de Estado-providência desenhado na nossa Constituição da República de 1988, há sempre um forte papel do Estado, fomentando, regulamentando, fiscalizando e sancionando entes privados que possuam lugar nessa garantia de direitos.

Nesse ínterim, se a violação não foi causada diretamente por uma estrutura pública, existe um espaço importante de atuação do Estado destinado a evitar tal lesão, por meio da adoção das medidas pertinentes (por exemplo, a imposição de multas a um hospital público que presta um serviço de saúde frontalmente em discordância com as normas técnicas vigentes). Assim, temos quase como regra a presença do interesse do Estado nesses conflitos e podemos identificar tais litígios com a *public law litigation* do Direito norte-americano, o que nos permite fazer algumas comparações entre tais litígios nos dois países.

Tanto a diferença de impacto entre os indivíduos envolvidos no litígio como a elevada complexidade da questão estruturante fazem dos litígios estruturantes um ambiente com acentuado grau de dissenso entre os membros da sociedade titular do direito violado, especialmente acerca da discutível representatividade adequada dos legitimados coletivos, da complexidade inerente à zona cinzenta de soluções possíveis em conflitos dessa natureza, e da pluralidade de atores sociais envolvidos.

Entendemos que é possível a judicialização de litígios dessa natureza. Os processos estruturais são uma realidade, tanto no Direito norte-americano — tendo por caso paradigma o *Brown v. Board of Education* — quanto no Direito brasileiro. Fiss (2004, p. 27), quando apresenta o processo judicial estrutural, define-o como aquele “[...] no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”. Essa reestruturação se dá por meio das *injunctions*, ordens judiciais que impõem uma obrigação de fazer ou não fazer ao réu, em geral, preventivamente. A partir do caso *Brown*, o Judiciário norte-americano passou a assumir a tarefa de impor e conduzir

a reforma de várias instituições sociais, escolas, hospitais, hospícios, visando a dar concretude aos valores presentes na Constituição.

Entretanto, a judicialização desses litígios agrega a todas essas dificuldades a discussão sobre a adequação do Judiciário para ser o *loco* da condução de uma reforma na estrutura de alguma instituição pública, ou que exerça função pública, ou ainda política pública, e que esteja sendo causa da violação de direitos, seja pela discussão acerca do seu déficit de legitimidade, seja pela falta de capacidade institucional, ou pelas diversas adaptações procedimentais que são necessárias para a obtenção do melhor resultado possível num processo estrutural.

No artigo “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, de Santos, Marques, Pedroso e Ferreira (1996, p. 50), os autores demonstram que, entre a percepção da lesão e o recurso ao tribunal, há quatro níveis onde outras portas de resolução de litígios podem ser acionadas:

[...] os litígios são construções sociais, na medida em que o mesmo padrão de comportamento pode ser considerado litigioso ou não litigioso consoante a sociedade, o grupo social ou o contexto de interações em que ocorre. Como todas as demais construções sociais, os litígios são relações sociais que emergem e se transformam segundo dinâmicas sociologicamente identificáveis. A transformação delas em litígios judiciais é apenas uma alternativa entre outras e não é de modo nenhum, a mais provável, ainda que essa possibilidade varie de país para país, segundo o grupo social e a área de interação (Santos et al., 1996, p. 44-45).

Nesse cenário, a proposta deste estudo é trazer o Sistema de Justiça Multiportas como o *locus* mais favorável para a resolução de litígios estruturantes. A escolha das portas de resolução de conflitos colocadas à disposição dos atores sociais envolvidos deve integrar o desenho do sistema de disputas no contexto desse tipo de litígio.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

3. O litígio estrutural na Justiça Multiportas

Impossível pensarmos em Justiça Multiportas sem nos remetermos à Conferência Pound de 1976, onde Frank Sander apresentou o documento de sua autoria, denominado *Varieties of dispute processing* ("Variedades do processamento de conflitos"). Esse documento tem grande importância na temática dos meios alternativos de solução de conflitos, eis que traz o conceito do Tribunal Multiportas — modelo multifacetado de resolução de conflitos. A Conferência Pound foi realizada como uma resposta a uma palestra que Roscoe Pound, reitor da Faculdade de Direito de Harvard, havia feito em 1906, tratando da insatisfação popular com o sistema de Justiça da época. Nesse documento, Sander apresenta as diversas formas de resolução de conflitos, trazendo conceitos e visando a identificar quais portas seriam adequadas a quais conflitos (Almeida; Almeida; Crespo, 2012).

O Tribunal Multiportas de Sander tinha por propósito permitir aos usuários uma escolha informada e assistida do meio de resolução mais adequado para o conflito em questão. Essa questão da adequação é o ponto fulcral do conceito de Tribunal Multiportas, pois há um número grande de variáveis que necessitam de avaliação para que se defina qual método é mais adequado para a resolução daquele conflito e, considerando o dinamismo do processo de resolução de conflitos, essa adequação é mutante, sendo a possibilidade de trânsito entre as portas desse sistema essencial para a mais eficaz solução de cada conflito. Quanto mais conflituoso e mais complexo o litígio, mais se mostra necessário esse trânsito entre as portas.

Sander aponta que a tarefa mais difícil é decidir quais portas se adequam a quais casos. Se difícil é escolher as portas adequadas, também não é simples decidir quem é o responsável pela escolha. Solum (2020) explica que as partes podem isoladamente escolher o método adequado ou em consenso, podendo a escolha ser feita por um perito externo ou mesmo pelo próprio julgador (nos casos em que a questão já está judicializada). Havendo pluralidade de autores, deve prevalecer o critério da maioria. Assim, com relação aos litígios estruturantes em que a pluralidade de partes envolvidas é elevada, é importante que se defina quem (uma parte, grupo de

partes, escolha da maioria) gerenciará o trânsito entre as portas, inclusive o próprio retorno à porta judicial — podendo haver mais de uma porta utilizada simultaneamente, a depender da segmentação do litígio que venha a ser realizada. Esse gerente, chamado no Direito norte-americano de *gatekeeper*, é responsável pela escolha e, portanto, deve conhecer bem os métodos disponíveis.

Não há um método melhor do que o outro. Inexiste hierarquia entre eles. Todos os métodos são igualmente hábeis, em tese, para solucionar os litígios e, juntos, dão cumprimento ao art. 5º, XXXV, da Constituição da República que, quando afirma a inafastabilidade do controle jurisdicional, não está se referindo apenas ao acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas sim o acesso à Justiça apta a proporcionar ao jurisdicionado a obtenção de uma tutela efetiva (Watanabe, 2019).

Ou seja, o Tribunal Multiportas visa a desconstruir a cultura da sentença e construir a cultura da pacificação. Nesse sentido, temos no Brasil a atuação do Conselho Nacional de Justiça que, através da Resolução CNJ 125/2010, declarou literalmente, em seu art. 1º, que todos os jurisdicionados têm direito “à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. O parágrafo único deste artigo menciona incumbir aos órgãos judiciários, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, como prestar atendimento e orientação ao cidadão.

No contexto dos litígios estruturantes, em que a conflituosidade e a complexidade são inerentes a essa categoria, o uso dinâmico dos métodos alternativos de resolução de conflitos, bem como do método de adjudicação através de sentença, são essenciais o desenho do sistema de solução do litígio, direcionado para a obtenção de uma tutela efetiva. E quais seriam esses métodos? São diversos, mas entendemos que vale a exposição dos mais usados, de modo a ilustrar sua importância na solução desses litígios estruturais. Compreendendo o desenho de cada um deles, poderemos verificar que a solução desses litígios pode passar pelo uso alternativo ou mesmo combinado desses métodos, através

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

do correto gerenciamento de casos (*case management*), que pode ser capitaneado pelo juiz, quando já inaugurada a via judicial, ou por outros atores envolvidos no litígio, quando ainda em fase pré-processual.

4. Os meios alternativos de resolução de conflitos

Sem o objetivo de esgotar o tema, nem o rol de métodos, vamos apresentar os principais métodos alternativos de resolução de conflitos.

A mediação é um método destinado a restabelecer o diálogo entre as partes que possuem um relacionamento anterior ao conflito, como, por exemplo, os conflitos familiares, e conta para isso com um terceiro imparcial. Esse mediador pode ser remunerado ou não, mas não pode ter interesse direto ou indireto nos fatos em questão. O papel principal do mediador é trazer objetividade ao debate e, para tal, encontrar o local mais propício, manter o clima favorável ao desenvolvimento dos trabalhos e definir o melhor procedimento para o desenrolar das atividades ou mesmo para a ausência de rito, caso o mediador verifique que a informalidade é mais favorável para o diálogo daquelas partes em especial, ou seja, é uma avaliação casuística, normalmente permeada pelos atributos da confidencialidade, flexibilidade e informalidade, mas podendo ser procedimentalizada, caso a transparência seja um elemento importante para a solução do conflito (art. 166, § 4º, CPC).

A conciliação também é um método de solução de conflitos em que as próprias partes buscam, de forma consensual, a melhor solução para o conflito, com a intermediação de um terceiro imparcial (Queiroz; Pinho, 2017). Uma diferença importante é que a conciliação é o método mais adequado para a solução de conflitos, nos casos em que não houver vínculos anteriores entre as partes (art. 165, § 2º, CPC).

Ambos os métodos estão presentes no Código de Processo Civil de 2015, arts. 3º, § 3º, e 165, o qual menciona o dever de criação, pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, assim como pelo desenvolvimento de

programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. O art. 166 estabelece que a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

O art. 174 do CPC traz uma norma importante acerca da necessidade de criação, pelos entes federativos, de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos, no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Esse dispositivo é bastante importante quando pensamos em litígios de interesse público, nos quais estão inseridos os litígios estruturais, que podem ser gerenciados nesses espaços fora do Poder Judiciário.

Há também a Lei Federal n.º 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares, como meio de solução de controvérsias, e sobre a autocomposição de conflitos, no âmbito da administração pública.

A negociação também é um método alternativo de resolução de conflitos, método consensual em que, diferentemente da mediação e da conciliação, não há imparcialidade das partes envolvidas, seja em razão de ela ser realizada pelas próprias partes, seja em razão de o terceiro destacado para auxiliar também possuir algum interesse na resolução do conflito.

A arbitragem é método que possui natureza adjudicatória, ou seja, não representa uma forma consensual de resolução de conflitos. Nesse caso, as partes confiam a um terceiro imparcial a decisão sobre a questão litigiosa. A decisão final do árbitro tem restritas possibilidades de revisão judicial (Lei de Arbitragem, n.º 9.307/1996).

Temos ainda métodos menos conhecidos no Brasil, como a avaliação do terceiro neutro (Early Neutral Evaluation), existente no Direito norte-americano, e que consiste na apresentação do litígio a um terceiro neutro, que deve ter amplo acesso às partes, a seus advogados e documentos, e, em seguida, realizar um parecer sobre a causa, parecer esse que não vincula as

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

partes. Esse terceiro pode ser chamado para prestar auxílio em mediações ou em conciliações, especialmente se há algum elemento específico no litígio sobre o qual haja uma controvérsia consistente (Lorencini, 2021).

Lorencini (2021) também apresenta o *minitrial* e o “juiz de aluguel”. No *minitrial* temos um procedimento previamente ajustado entre as partes que termina com o “julgamento” por um terceiro neutro que não é um juiz, e sua “decisão” não é vinculante. Já no “juiz de aluguel” temos a possibilidade de as partes escolherem um julgador e até mesmo preverem que sua decisão será vinculante. Nesses casos, as decisões podem ser até mesmo objeto de recurso ao tribunal.

Vimos, então, neste breve panorama sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos, a grande variedade de portas das quais as partes de um litígio estrutural podem se valer para a construção da melhor solução. Sobre essa construção, temos, na doutrina de Diego Faleck, uma explanação detalhada sobre o desenho do sistema de disputas, como se verá a seguir.

5. O desenho de sistema de disputas no contexto dos litígios estruturais

Partindo da premissa de que as disputas judiciais dificilmente produzem soluções satisfatórias para as partes envolvidas, além do alto dispêndio de tempo e dinheiro, Faleck (2021), enfatizando os resultados satisfatórios alcançados pelos métodos alternativos, apresenta um estudo sobre o Desenho do Sistema de Disputas (DSD, do inglês *Dispute System Design*), voltado para litígios complexos. Esse desenho consiste numa customização de um sistema que permita atender às necessidades de um caso concreto específico. Faleck aponta que podemos entender por sistema um “conjunto coordenado de procedimentos ou mecanismos que interagem uns com os outros para prevenir, gerenciar ou resolver disputas”. Por desenho, o autor afirma que é “a deliberada e intencional organização de recursos, processos e capacidades, para atingir um conjunto de objetivos específicos” (2021, p. 75).

O processo político e técnico do DSD compreende os seguintes passos (Faleck, 2021, p. 75-79):

- I) Mapeamento das partes interessadas e afetadas pelo conflito, com a avaliação dos seus interesses e alternativas;
- II) Avaliação jurídica dos temas presentes e análise de custos e riscos;
- III) Diagnóstico da eficiência do sistema vigente para lidar com a disputa e a comparação com os métodos disponíveis;
- IV) Definição do objetivo do sistema e dos princípios institucionais que este deve observar;
- V) Desenvolvimento do sistema, em conjunto com as partes interessadas e afetadas;
- VI) Implementação e avaliação constante de um sistema.

Faleck (2021) defende que as etapas (i), (ii), (iii) e (iv) devem ser feitas por um especialista em DSD. Fato que a existência de um desenho agrega segurança jurídica ao litígio, especialmente importante se considerarmos a pluralidade de partes, a complexidade técnica dos temas e sua longa duração. Contudo, com relação à etapa de desenvolvimento do sistema, ressalta que deve ser aprovado por todas as partes interessadas e que tal aprovação e posterior adesão têm mais chances de sucesso se as partes participarem ativamente do processo de criação. O comprometimento das partes é ainda mais essencial na etapa de implementação e avaliação do sistema criado. No entanto, esse é um desafio dos métodos alternativos de resolução de conflitos de uma forma geral, em especial aqueles consensuais (que são a maioria). Ausente o compromisso de cooperação mútua em prol da solução do litígio, temos um bloqueio das portas consensuais de resolução de conflitos, restando a dificultosa, porém nesses casos inevitável, porta do Judiciário.

6. Conclusão

O presente artigo se iniciou com a classificação dos litígios de Edilson Vitorelli, eis que a proposta de solução de conflitos ao qual se dedicou refere-se aos litígios estruturais, espécie de litígio coletivo de difusão irradiada titularizado pela sociedade criada pela lesão ao direito em questão.

A partir desse ponto, definimos os litígios estruturais como os conflitos resultantes da necessidade de reestruturação do

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

funcionamento de instituições, públicas ou privadas, ou políticas públicas com a então concretização dos direitos violados e com a promoção coletiva de direitos fundamentais (Fachin; Schine-mann, 2018). São, portanto, litígios de elevada conflituosidade e complexidade que tornam sua judicialização bastante dificultosa e criticada. Como deixamos claro ao longo do trabalho, identificamos a possibilidade de judicialização desses litígios nos moldes propostos por Fiss, qual seja, o processo estrutural.

Dentre as características de um processo estrutural, destaca-se a tendência às soluções consensuais, com uma salutar ampliação dos espaços de consenso, o que permite melhor modelagem do sistema processual para a formulação e implementação de uma resposta que, de fato, acarrete mudanças no contexto social. Isso impõe uma mudança de atitude do órgão julgador, que deve deixar de ser meramente responsivo e repressivo, para se tornar resolutivo e participativo, atuando na construção conjunta de soluções jurídicas adequadas, mas no bojo do processo judicial, em que a ampla participação das partes e ampliação do debate, através do instituto do *amicus curiae*, são indispensáveis para essa transformação processual.

Contudo, concordar com essa possibilidade não significa não vislumbrar outros meios mais eficazes de solução desses litígios, momento em que apresentamos ao leitor a proposta de realização de um desenho de sistema de disputas cujos meios alternativos de solução de conflitos se combinariam consensualmente com a possibilidade de alterações dinâmicas, a depender das avaliações sobre o sucesso do sistema criado.

Tal modelo, além de permitir, com maior facilidade, sem as amarras do processo civil, ampla participação das partes envolvidas, direta ou indiretamente no litígio, não afasta a porta do Judiciário, que pode ser acionada sempre que, total ou parcialmente, a solução consensual não for alcançada, servindo, inclusive, como um filtro para a judicialização dos litígios dessa natureza.

Referências

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ, Brasil). Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. In: *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, n. 219, p. 2-14, 1 dez. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 12 maio 2025.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan. *On Society* [Kindle edition]. Cambridge: Polity Press, 2012.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. In: *Revista de Estudos Institucionais*. Rio de Janeiro, vol. 4, n. 1, p. 211-246, jan.-jun. 2018. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 18 set. 2022.

FALECK, Diego. Um passo adiante para resolver problemas complexos: Desenho de Sistemas de Disputas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coords.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2021.

FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. "Sistema Multiportas": opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coords.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2021.

QUEIROZ, Pedro Gomes de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, Ano 3, n. 1, p. 849-913, jan.-fev. 2017.

Disponível em: https://www.academia.edu/40880215/QUEIROZ_Pedro_Gomes_de_PINHO_Humberto_Dalla_Bernardina_de_As_garantias_fundamentais_do_processo_o_instituto_da_mediação_judicial_pontos_de_tensão_e_de_acomodação_Revista_Jurídica_LusoBrasileira_ano_3_n_1_p_849-913_jan_fev_2017?swp=rr-rw-wc-6470873.> Acesso em: 12 jun. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão Marques; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. MORAES FILHO, Evaristo de (org.). FERNANDES, Florestan (coord.). Trad. Evaristo de Moraes Filho, Carlos Alberto Pavanelli, Otto E. W. Maas e Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1983.

SOLUM, Lawrence B. Alternative Court structures in the future of the Califórnia judiciary: 2020 vision. In: *Southern California Law Review*, july 1993, p. 2.148-2.149.

TÖNNIES, Ferdinand. *Comunidad y sociedad*. Buenos Aires: Losada, 1947.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. In: *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 83-108, jan.-abr. 2020.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 77, jul.-set. 2020.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à Justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

Teeming millions: o significado de *popular government* em *A Glimpse of America* de Bram Stoker

Teeming millions: the meaning of popular government in A Glimpse of America by Bram Stoker

GUILHERME ALFRADIQUE KLAUSNER¹ 

Resumo

No presente trabalho², analisamos a construção do conceito de *popular government* em *A Glimpse of America*, de Bram Stoker, a partir da diferenciação que o autor estabelece entre o seu conceito e o conceito desenvolvido pelo jurista Sir Henry Maine, em seu *Popular government*. Stoker contrapõe sua análise, centrada na

1 Mestre e doutor em Teoria e Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado e assessor-chefe da Assessoria Jurídica da Fundação Teatro Municipal do Rio de Janeiro (TMRJ). Membro do corpo editorial e revisor da revista *Ritmo — Revista Interdisciplinar do Teatro Municipal do Rio de Janeiro*, e da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Integrante dos grupos de pesquisa Direito, Pragmatismo(s) e Filosofia (PPGD/UERJ/CNPQ) e Estudos do Gótico (PPGL/UERJ/CNPQ). Integrante do Projeto de Extensão Escola Livre de Direito, Arte e Filosofia (UERJ), criado em 2023. Pesquisador com trabalho voltado para o estudo das relações entre Direito, política e cultura pop.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-7101-4686>

2 Uma versão semelhante em quase tudo ao presente texto foi publicada em inglês em: *Journal of Dracula Studies*, v. 26, p. 5-35, 2024.

realização plena de uma perspectiva whitmaniana de democracia nos entes pequenos, organizados para o atingimento de objetivos locais, à análise essencialmente legislativa e nacional-federal de Maine. Para a preservação, o desenvolvimento e a proliferação da liberdade desses entes, teria sido criado todo o aparato institucional nacional-federal que, de toda forma, também comportaria mecanismos destinados a impedir a destruição dessa liberdade. Os Estados Unidos da América surgiram, assim, como os garanti-dores de um *popular government* que não tem relação direta com uma concepção vulgar de sufrágio universal, mas que revela sua democracia como potencializadora de liberdades, individuais e grupais, ou seja, de formas de vida multitudinárias.

Palavras-chave: Constituição estadunidense; democracia; direito de associação; Walt Whitman; Sir Henry Maine.

Abstract

In the present text, we analyze the construction of the concept of *popular government* in Bram Stoker's work *A Glimpse of America*, based on the differentiation that the author establishes between his concept and the concept developed by the famous jurist Sir Henry Maine in his work *Popular government*. Stoker contrasts his own analysis, focused on the full realization of a utopian (and Whitmanesque) perspective of democracy in small entities, organized to achieve local objectives with Maine's essentially legislative and national-federal analysis. For the preservation, development, and proliferation of the liberty of these entities, the entire national-federal institutional apparatus would have been created, which, in any case, would also include mechanisms aimed at preventing the destruction of this liberty. The United States of America thus emerge as the guarantors of a *popular government* that is not directly related to a vulgar conception of universal suffrage but reveals its democracy as an enhancer of individual and group liberties, that is, of multitudinous forms of life.

Keywords: Constitution of the United States; democracy; freedom of association; Walt Whitman; Sir Henry Maine.

Introdução

O presente artigo tem um duplo objetivo. O primeiro é apresentar a faceta de intelectual público que tratava de problemas jurídico-políticos de Abraham “Bram” Stoker (1847-1912), autor britânico de origem irlandesa cuja celebridade ficou associada aos romances de terror, dentre os quais o famoso *Dracula* (1897). O segundo é apresentar, a partir dessa faceta, uma nova perspectiva sobre a ordem jurídico-política estadunidense.

Bram Stoker, para além de ter uma obra ficcional que se estende muito além dos romances de terror, com apenas três de seus 18 romances podendo ser diretamente vinculados ao gênero (Stoker, 2006, p. x), escreveu diversos trabalhos de não ficção. Esses trabalhos podem ser pensados como ora vinculados à sua atividade profissional principal, a de gerente teatral³, ora vinculados às suas experiências mais amplas, como a função da censura da literatura de ficção e os seus métodos (Stoker, 2002, p. 266-278).

Na maior parte de seus escritos de não ficção, no entanto, Stoker vincula suas opiniões sobre os assuntos especificamente tratados a questões políticas mais amplas. Isso é um dos motivos que nos leva a crer que Stoker percebia sua escrita como a de um intelectual público, ou seja, como a de um autor que escrevia sobre questões que entendia serem relevantes para a adequada formação da opinião pública, uma opinião com implicações políticas.

Mesmo a sua ida para Londres, a convite de Henry Irving, abandonando uma “posição bem paga e poderosa” de servidor público (*clerk*) do governo britânico na Irlanda, não pode ser entendida sem que se considere que ele tinha, já então, o objetivo maior de se tornar um escritor, apesar de, sob Irving, ele também vir a ganhar três vezes mais do que ganhava

3 Em 1878, Stoker começou a trabalhar como *acting manager* (gerente) no Lyceum, teatro que Henry Irving, o primeiro ator a ser sagrado cavaleiro no Reino Unido (uma prova de que “o teatro havia se tornado respeitável” [Cannadine, 2017, p. 510]), havia adquirido para si. Em 1899, Irving vendeu seus direitos sobre o Lyceum para a Lyceum Theatre Company. Irving continuaria trabalhando no Lyceum, mas como assalariado (Stoker, 1907, p. 38-39, 435 e 444-445), e Stoker continuaria trabalhando com Irving, como assistente pessoal (Belford, 2002, p. 292). Os textos vinculados a esta sua profissão tratam, de forma mais ou menos apologética ao seu empregador (a depender do texto), de questões como iluminação de palco e as vantagens do sistema *actor-manager* (Stoker, 2002, p. 83-103 e 182-198).

antes (Murray, 2004, p. 46 e 92). Desde esse primeiro momento, Stoker deixa claro que não pretendia escrever somente ficção, mas também ensaios (Stoker, 1907, p. 28-29), o que permite que afirmemos que Stoker desejava ser percebido como um intelectual público.

Além dessa declarada intenção de ser escritor, Stoker, mesmo desfrutando de situação econômica confortável e uma certa segurança em seu emprego, foi admitido, em 1886, no *Inner Temple*, uma das *Inns of Court*⁴, iniciando o processo para se tornar um *barrister*⁵, tendo sido *called to the Bar* em 30 de abril de 1890⁶. A escolha por se tornar *barrister* não foi, no entanto, de todo surpreendente.

Durante 12 anos, de 1866 a 1878, Stoker, enquanto *clerk*, atuara em uma função que era eminentemente jurídica, tendo não só progredido na carreira, como também contribuído para seu desenvolvimento mais amplo, com a publicação de seu *The Duties of Clerks of Petty Sessions in Ireland*, sobre as práticas burocráticas das *Petty Sessions*⁷. O trabalho de Stoker com Irving, por sua vez, também era, a todo o momento, atravessado por questões jurídicas, tendo o *acting manager* que lidar com ampla variedade de contratos, desde aqueles envolvendo mão de obra àqueles envolvendo direitos autorais (Gibson; Müller, 2018, p. 10-11).

Mas a escolha pela profissionalização na atividade jurídica não foi, entendemos, tampouco exclusivamente utilitária. Stoker

4 As *Inns of Court* (“Ordens de Advogados”) são as quatro associações profissionais históricas às quais todos os *barristers* (advogados especializados em litigância nos tribunais) na Inglaterra e no País de Gales devem pertencer. Além do *Inner Temple*, havia o *Lincoln's Inn*, onde Jonathan Harker, protagonista de *Dracula*, teria feito seus exames para se tornar *solicitor* (Stoker, 2006, p. 32), o *Gray's Inn* e o *Middle Temple*, aos quais estavam vinculados os *barristers* do Reino Unido, e dos quais saíam os magistrados. O sistema permanece em parte o mesmo até hoje.

5 No sistema da *common law*, a assistência jurídica fora do tribunal é prestada por um *solicitor* e, caso seja necessário recorrer ao tribunal, o caso deve ser conduzido por um *barrister* (Losano, 2007, p. 325). Os *barristers* compõem, até hoje, o corpo profissional de onde sai uma parte importante dos magistrados e parlamentares britânicos (Anderson et al., 2010, p. 154 e 189).

6 O *call to the Bar*, o “chamado à Ordem”, é a habilitação profissional dos *barristers*. Maiores informações sobre o *call to the Bar* de Stoker estão disponíveis em: <https://archives.innertemple.org.uk/names/eb5d7d3a-acdb-4ea6-b867-8a732c14f588>. Acesso em: 8 abr. 2024.

7 Pequenas cortes de Justiça que administravam a maior parte dos casos do país, mas que tinham o seu exercício legalmente limitado (com limites na aplicação das penas, por exemplo). A obra foi finalizada imediatamente antes de Stoker deixar o serviço público.

se identificaria, no censo de 1891, como *barrister*, gerente teatral e autor, nesta ordem, apesar de a segunda profissão ser a sua principal fonte de renda. É difícil saber por que Stoker, como pessoa pública reconhecida pelo seu trabalho com Irving (Murray, 2004, p. 115-116), se declarou primeiramente um *barrister*: a resposta pode estar relacionada à própria forma da pergunta, a um senso de inferioridade das demais funções ou de superioridade da função de *barrister*, ou mesmo ao fato de que Stoker, na verdade, entendia como mais importante a última função a ser declarada. O que se pode presumir, porém, é que ele tinha algum orgulho de ser *barrister* e, considerando que os *barristers* passaram a ocupar, progressivamente, durante o curso de sua vida, cada vez mais postos políticos, que suas próprias opiniões políticas fossem formadas e formuladas como um *barrister* as formaria/formularia.

Esses dois elementos, a motivação declarada de se tornar “ensaísta”, por trás de sua ida para Londres, e a dedicação a uma profissão na qual era esperado o envolvimento com questões de interesse público, acompanhados da minimização da importância dos aspectos econômicos que podiam ter motivado as decisões que a eles se relacionam, nos levam à conclusão de que a sua escrita não só deve ser entendida como a de um intelectual público, mas de que ela deve ser compreendida como a escrita de um intelectual público com formação jurídica, e, mais especificamente, de um *barrister*.

Devemos estar atentos a isso quando nos debruçamos sobre seus textos e, especialmente, sobre seus textos de não ficção. Pretendemos, no presente artigo, deter-nos em um aspecto de sua palestra de 1885, *A Glimpse of America* (2019, p. 250), qual seja, o seu tratamento do problema do *popular government* (“governo popular”) que, entendemos, expõe esta preocupação jurídico-política que ocupa relevante centralidade em seus escritos. O caráter jurídico-político desta reflexão é ressaltado pelo contraste que Stoker faz, então, entre a sua opinião e a de Sir Henry Maine, renomado jurista do período, que também será exposta para circuncunciar a opinião de Stoker. A opinião de Stoker, no entanto, não pode ser compreendida adequadamente, se não for relacionada à influência do autor estadunidense Walt Whitman na sua formação. Portanto, trataremos aspectos da leitura de Whitman por Stoker na parte final deste artigo.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Entendemos que a questão do *popular government* é central para compreendermos a obra ficcional e não ficcional de Stoker. Ela permite não só a ressignificação do caráter aristocrático de seus vilões, mas também do engajamento de Stoker com uma das questões políticas mais prementes de seu tempo, o *Home Rule* (“autogoverno”) irlandês. Devemos sempre ter em mente que os vilões nos romances de terror de Stoker detinham títulos aristocráticos que, no Reino Unido, lhes habilitariam o acesso à House of Lords, e que foi contra esta Câmara e contra os seus representantes na House of Commons, que Gladstone, primeiro-ministro britânico por quem Stoker tinha grande estima (Stoker, 1907, p. 261) afirmou tomar partido, no que se referia à questão do *Home Rule*, das *masses against the classes* (“eu apoio as massas em oposição às classes”, cf. Gladstone, 1886, p. 293).

Ao mesmo tempo, a análise de Stoker sobre o *popular government* estadunidense, ao se contrapor à análise de Sir Henry Maine, ilumina um aspecto da ordem jurídico-política estadunidense que é pouco estudado, mas que é fundamental: como o pluralismo concretamente existente lá, dos grupos (em sua maior parte, religiosos) que criam regras de regência próprias dos territórios que ocupam, é não só incorporado ao funcionamento da República (de forma a gerar grandes tensões entre as mais diversas instituições governamentais, muitas vezes), mas como ele compõe o cerne do conceito de *popular government*. Apesar de alguns trabalhos voltados a esse tema (por todos, ver: Cover, 2016; Lynch, 2010), ele continua pouco estudado academicamente⁸, o que gera graves distorções na interpretação dos aspectos jurídicos da ordem jurídico-política estadunidense.

Considerando a crescente influência da doutrina jurídica estadunidense na doutrina brasileira, seria prudente o estudo das

8 É um tema, no entanto, bastante explorado em filmes e séries que tratam da relação entre as mais variadas seitas e o governo, nos níveis estadual e federal. A título de exemplo, veja-se a série *Wild Wild Country*, disponível na plataforma de *streaming* Netflix. Cover, usando como exemplo os Amish e comunidades utópicas, trata dessas “ilhas nômicas”, que emergem do espaço nebuloso entre o Direito Privado, associado ao instrumento *quasi*-contratual que lhes dá origem, e o Direito Público, que é mobilizado para defender sua autonomia perante entes maiores, como os governos estadual e federal (autonomia, inclusive, de não obedecer a leis que não se conformem à sua forma de vida; Cover, 2016, p. 220-221).

circunstâncias que a conformam. O presente texto, no entanto, não se propõe a isso: entre os estudos jurídicos e os estudos da literatura, sua proposta é expor a análise de Stoker sobre a ordem jurídico-política estadunidense e o quanto dela deriva de possíveis influências diretas de outros autores sobre o autor britânico de origem irlandesa, que tenham sido por ele genericamente reconhecidas. Se isso puder esclarecer aspectos do funcionamento atual da ordem jurídico-política estadunidense, ou a relação entre a vilania aristocrática do Conde Drácula e o seu desejo de habitar entre os *teeming millions*, os “fervilhantes milhões” de londrinos (este último tema explorado em Klausner, 2024), tanto melhor.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

1. A *Glimpse of America*, de Bram Stoker

Em sua primeira viagem aos Estados Unidos da América, na turnê da companhia do Lyceum, em 1883, Bram Stoker percebeu que nada conhecia do país. Assim, desejoso de se informar sobre os EUA antes da turnê de 1884-85, ele se dedicou a estudá-lo. Não conhecendo trabalhos de referência sobre o país, ele conseguiu para si uma cópia de um *Act of Congress* e das *Sessional Orders of Congress*, para entender a forma de suas leis e a forma como elas eram feitas, além de uma série de livros — “histórias, obras sobre a constituição, estatísticas, censos, livros escolares, livros de etiqueta [...], relatórios do Congresso sobre vários temas” — e, durante a viagem, consultou pessoas de diversos estratos sociais — “professores, políticos, banqueiros etc” (Stoker, 1907, p. 236). O fruto de toda essa pesquisa foi a palestra, proferida no dia 28 de dezembro de 1885, no Instituto Birkbeck, e, posteriormente, apresentada em outros lugares, tendo sido publicada em 1886. Stoker afirmou:

[...] eu trouxe comigo das margens da América um sentimento de amor e gratidão para com seu povo, e uma alegria por ver que o primogênito da Inglaterra alcançou uma estatura tão nobre. [...] Não temos, em todo o mundo, um aliado tão forte, um amigo tão próximo. A América superou sua infância. O dia da pequena inveja já passou. Columbia é forte o suficiente em seu conhecimento de seus próprios poder e

>>|

<< Sumário

beleza para navegar, tranquila e destemida, no salão do velho Tempo entre as rainhas do mundo. Há todas as razões que podemos imaginar para que os ingleses, de ambos os lados do Atlântico, permaneçam unidos como um só. Nossa história é a deles — nossa fama é o orgulho deles — seu progresso é a nossa glória. Estamos ligados a eles, e eles a nós, por todos os laços de amor e simpatia; do nosso lado, pelas esperanças brilhantes de pais que enviam seus filhos em busca de fortuna na Terra do Pôr do Sol; do lado deles, pelas antigas lembranças de lar e parentesco comum, e pelas memórias de seus mortos sepultados. Estamos ligados uns aos outros pelo instinto de uma raça comum, que torna a fraternidade e o amor de irmãos uma lei natural; uma lei que existia desde o início e que, após o transcurso de um século, ainda persiste — cujos preceitos nunca foram quebrados, nem mesmo pelos abalos da guerra, e cuja aguda percepção nunca foi obscurecida nos mares tempestuosos entre nós (Stoker, 2002, p. 51-52).

Stoker era tão apaixonado pelos Estados Unidos e tão amado lá, que isso virou motivo de “piadinhas” na imprensa britânica: se o escritor hiberno-britânico era bem-recebido nos Estados Unidos e, às vezes, até equiparado, enquanto artista, a seu empregador Irving, era também porque o país, pelas suas palavras, parecia ser “construído seguindo planos popularmente associados ao paraíso” (Murray, 2004, p. 105-106).

Apesar disso, a análise da política estadunidense por Stoker é valiosa como um exercício de constitucionalismo comparado, se a integrarmos à opinião daquele contra a qual ela se insurge: Sir Henry Maine. Mas vamos por partes.

Segundo Stoker, os Estados Unidos têm uma estrutura republicana celular, ou seja, “construída a partir de entidades, pequenas formas e aglomerações, em uma massa compacta, coesa e estruturalmente perfeita” (Stoker, 2002, p. 36). O objetivo do caráter republicano do governo é promover a maior variedade de liberdades. Se o governo nacional estadunidense é comparável

ao governo imperial britânico, é no tanto em que ele preserva um grande número de liberdades para a regulação pelos Estados, pelos *counties* e suas subdivisões, “autocontroladas para objetivos locais que não sejam regulados por formas mais elevadas de legislação” (Stoker, 2002, p. 35-36).

O seu caráter celular, por sua vez, implica assumir que sua formação teve “crescimento natural”, como um organismo que se forma e que cresce a partir de suas células. No momento em que trata desse caráter, Stoker recorre a uma série de opiniões, cuja repetição será para nós valiosa, no tanto em que mostra o quão informado acerca de opiniões sobre assuntos jurídico-políticos ele estava:

Sir Henry Maine, em sua obra recente sobre “Governo Popular”, se esforça especialmente para mostrar que a Constituição dos Estados Unidos não é de forma alguma original, mas que é, na realidade, fundada na Constituição Britânica tal como ela era entre 1760 e 1787, modificada pelo estudo, por parte de seus fundadores, das antigas repúblicas e do Império Romano-Germânico. [...] Mr. Freeman atribui ao fato de que, por não ser original, como a Constituição da República Francesa fundada na mesma época, “ela sobreviveu, passou pelos mais terríveis testes, e permanece, prometendo durar por muito tempo”. [...] O Professor Fiske declara que “o Governo dos Estados Unidos não é resultado de uma criação especial, mas de evolução”, e que “a assembleia municipal” — o *folk-moot* teutônico — “está na base de toda vida política nos Estados Unidos”. [...] O Professor Shinn, em uma obra recente e muito interessante, mostra a influência das leis de mineração no desenvolvimento do país e, consequentemente, nas leis que o governam. Ele relata como as leis de mineração, derivadas da experiência de mineradores no antigo Egito e Fenícia — no período da supremacia romana — nas Montanhas de Hartz e em Cornwall, foram naturalmente revividas na grande época de mineração de 1848-49, e prevê que daqui a um século “a atmosfera e as tradições

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

do acampamento de mineração permanecerão nos fragmentos da jurisprudência dos mineiros que ainda estarão firmemente incorporados no direito local e estadual.” (Stoker, 2002, p. 36-37).

Stoker, então, analisa essas opiniões, a partir de suas experiências com a política do país, e conclui, em relação ao sistema político estadunidense, pela “extraordinária perfeição de sua teoria e pela elasticidade de seu funcionamento” (Stoker, 2002, p. 37). Ele inicia seu argumento descrevendo o referido sistema político: os poderes, as casas do legislativo, mandatos, salários dos representantes etc. (Stoker, 2002, p. 37-38).

O que chama sua atenção teoricamente é como há diferentes métodos de representação popular: “(a) O Presidente, escolhido por um plebiscito estadual; (b) O Senado, escolhido pelas Legislaturas Estaduais; e (c) A Câmara dos Representantes, escolhida diretamente pelo sufrágio distrital.”. Isso garante, segundo ele, um limite para qualquer grupo que tente se sobrepor (Stoker, 2002, p. 39-40), qualquer grupo “despótico” ou “ditatorial”.

Stoker chama de “falácia popular” a crença de que o “princípio do sufrágio universal” orienta o sistema político estadunidense. Segundo ele, como a Constituição deixou a cargo dos Estados a definição de quais eram os critérios para a obtenção do direito de voto, isso fez com que cada um dos Estados adotasse critérios diferentes, uns educacionais, outros censitários, outros tributários, critérios que também excluía uma série de grupos, adotados livremente por todos os Estados da Federação. Ele achava que a tendência da época era, na verdade, para uma restrição do sufrágio, por conta das opiniões “alienígenas em relação à terra de adoção” dos imigrantes (Stoker, 2002, p. 40).

E conclui sua palestra afirmando:

Meu entendimento do sentimento e minha experiência com o funcionamento das instituições dos Estados Unidos me convencem de que, no desenvolvimento futuro, do país, da raça ou das políticas que influenciarão o mundo, nunca devemos temer os desenvolvimentos do Governo Popular (*popular gover-*

ment). Menciono isso não em espírito partidário, mas porque minha atenção foi chamada para isso pelo que me parecem conclusões imperfeitas de Sir Henry Maine, baseadas em um exame do funcionamento da Constituição Americana (Stoker, 2002, p. 51).

Quem era Sir Henry Maine e quais eram essas suas opiniões que Stoker criticava?

2. *Popular government*, de Sir Henry Maine

Sir Henry James Sumner Maine (1822-1888) foi um jurista britânico que lecionou em Oxford e Cambridge (Cocks, 1988, p. 10), e que se tornou bastante famoso por obras como *Ancient Law* (1861), na qual ele propunha uma leitura cultural do Direito das civilizações da antiguidade, em contraposição à leitura positivista de Austin e Bentham (Cocks, 1988, p. 1-2), e *Popular government* (1885), uma coletânea de artigos com uma perspectiva negativa sobre a extensão do poder de voto publicados na *Quarterly Review* entre 1883 e 1885 (Cocks, 1988, p. 131).

Nesta última obra, ele alerta para os riscos da expansão do sufrágio, que poderia levar à adoção de medidas redistributivas da riqueza mais semelhantes a “uma tripulação amotinada se banquetando com as provisões do navio, se refestelando com a carne e se intoxicando com as bebidas alcoólicas, mas se recusando a levar o navio ao porto”, do que a “um grupo de requerentes pleiteando a divisão justa de um fundo” (Maine, 1918, p. 45-46). A Constituição inglesa, inclusive, segundo Maine, não teria os mecanismos próprios de uma constituição escrita para se proteger contra as possíveis ameaças advindas de um eleitorado massificado (Cocks, 1988, p. 132).

A verdade é que as multidões ignorantes não eram capazes “de entender seus interesses”, sendo este o “argumento principal contra a democracia”. Os apoiadores intelectuais da democracia se esqueciam de que seu apoio a esse regime dependia de uma série de reflexões que só eram acessíveis à “aristocracia intelectual” (Maine, 1918, p. 86). Essa elite intelectual, sim, deveria fazer as leis, não as massas, e, ainda que os juristas tivessem

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

um lugar de destaque entre essa aristocracia, de explicadores das leis, os grupos compostos pelo total de juristas e por essa *intelligentsia* não eram iguais: a elite seria composta de “pessoas educadas e inteligentes” dos mais diversos estratos da sociedade (Cocks, 1988, p. 136).

O sufrágio universal, por sua vez, ao dar poder às multidões, seria um inimigo do progresso científico e dos direitos das minorias (Cocks, 1988, p. 138): os “preconceitos do povo são muito mais fortes do que os das classes privilegiadas; eles são muito mais vulgares; e são muito mais perigosos, porque têm a tendência de ir contra conclusões científicas” (Maine, 1918, p. 67-68).

Maine estava, de certa forma, em um polo oposto ao de A. V. Dicey, jurista que ficara famoso pela sua exposição acerca dos aspectos públicos do Direito anglo-britânico (Dicey, 1979; para sua importância contínua no Direito anglo-britânico, ver Bradley; Ewing; Knight, 2015, p. 49-52, e Turpin; Tomkins, 2007, p. 40-47):

[...] existem diferenças muito reais de abordagem entre os dois, da forma como os dois analisaram a relação real entre a lei e a política. Ambos estavam preocupados com a harmonia entre a lei e o pensamento público, mas buscaram alcançá-la de maneiras contrastantes. Dicey estava profundamente preocupado com as dificuldades da *Bar* (corporação de juristas – n. do T.). [...] ele apresentou um caso convincente em defesa das virtudes da experiência profissional [...] ele elogiou o *common law* por sua capacidade de formar advogados com conhecimento de problemas práticos. Na vida cotidiana dos tribunais, eles aprendiam sobre a natureza humana e viam que o que importava na lei não eram declarações grandiosas de princípio, mas sim a efetiva aplicação dos direitos. Na visão de Dicey, era necessário deixar muitas das questões mais importantes no desenvolvimento da lei nas mãos dos advogados. Mas para Maine, como antes, isso não era apropriado; a lei deveria refletir a experiência, mas a experiência deveria ser julgada e avaliada pelo indivíduo infor-

mado, que poderia ou não ser um advogado. Não era a experiência dos tribunais que era de importância primordial; ao contrário, a experiência do trabalho diário tinha uma influência negativa e destrutiva na perspectiva profissional. Os advogados ficavam muito preocupados com a técnica como um fim em si mesmo, e muitas de suas práticas refletiam seus próprios interesses em vez dos interesses públicos. Como sempre, era a tarefa do jurista simplificar a lei, relacioná-la a princípios e, assim, abri-la para discussão pública. O *common law*, com sua reivindicação implícita de deixar a criação da lei nas mãos dos advogados, era algo que não podia ser justificado à luz da história ou do comportamento dos profissionais (Cocks, 1988, p. 134-135).

Maine, no quarto ensaio de *Popular government*, se debruça sobre a Constituição estadunidense. No começo do texto, ele mostra como o republicanismo estava, quando da declaração da independência das 13 colônias inglesas na América do Norte, bastante mal-afamado, e como, nos anos que se seguiram à Revolução Francesa, esta opinião não melhorou, muito pelo contrário, pois havia a “sombra negra de seus crimes ainda pendendo sobre o século” (Maine, 1918, p. 198-200).

Mas a Constituição estadunidense sobreviveu às “zombarias” representadas pelas suas imitações “na França e na América Espanhola” tão bem, que a humanidade quase se esqueceu de que, na história, “não houve forma de governo tão mal-sucedida quanto a republicana” (Maine, 1918, p. 202). No entanto, seu sucesso decorre do fato de ela ser “integralmente marcada por ideias políticas de origem britânica e, na verdade, ser uma versão da Constituição britânica” (Maine, 1918, p. 207).

Maine oferece uma interpretação mais prosaica sobre a separação entre o Reino da Grã-Bretanha e suas 13 colônias, e a formação de uma nova ordem jurídico-política: segundo seu relato, a República foi quase um acidente, ocasionado pela carestia de “material” para um monarca ou uma segunda câmara hereditária. O modelo do presidente seria o monarca George III, porque no período não

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

se poderia falar de um modelo de soberano, mas só das práticas de cada monarca pensadas em uma relação institucional com a dos reis do passado e com os demais poderes, do presente e do passado. Consequentemente, o presidente tem muito poder, como George III tinha muito poder. O modelo do Congresso também seria claramente britânico (Maine, 1918, p. 209-210, 213-214, 224-226 e 230).

A Suprema Corte, no entanto, é, de fato, sem precedentes. Maine especula que ela tenha surgido, tanto da descrição do sistema britânico por Montesquieu, percebida por Hamilton, quanto dos problemas do período que estavam afetando o Reino e que se relacionavam à não definição de uma autoridade judiciária com poderes claros para decidir sobre questões constitucionais, o que gerou uma grande confusão e uma profusão de autoridades concorrentes. Apesar disso, seu controle da constitucionalidade, dependente do caso concreto, ou seja, incidental, é tradicionalmente inglês (Maine, 1918, p. 218-224).

Ele, então, compara o sistema estadunidense ao sistema britânico, apontando a fraqueza das instituições britânicas, no que se refere à possibilidade de mudança constitucional ilimitada, “inovação apressada”. Seu elogio é, claramente, ao processo legislativo constitucional estadunidense, que, entende, protege melhor as instituições do país (Maine, 1918, p. 233-243).

Sua análise é basicamente centrada na leitura do *The Federalist* (Maine, 1918, p. 202-207), ao que Stoker opõe seu “entendimento do sentimento e [...] experiência com o funcionamento das instituições dos Estados Unidos”. Não há como comparar ambos de forma estrita, porque eles têm objetivos distintos: o texto de Stoker é amplo em seu escopo, o de Maine, bastante restrito. A questão celeumática parece ser, justamente, que, por trás da defesa do processo legislativo constitucional estadunidense, havia na realidade, uma rejeição ao *popular government*:

Sem dúvida, existem forças conservadoras robustas ainda presentes na Inglaterra; elas perduram porque, embora nossas instituições políticas tenham sido transformadas, as condições sociais das quais originalmente surgiram ainda não estão extintas. No entanto, de todas as debilidades de nossa Consti-

tuição em seu declínio, nenhuma é mais grave do que a ausência de precauções especiais a serem observadas ao promulgar leis que afetam diretamente os alicerces de nosso sistema político (Maine, 1918, p. 240).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Ou seja, a Constituição estadunidense era boa no tanto em que seu processo de emenda impedia os desenvolvimentos mais temerários do *popular government*. Quando Stoker afirma que não é necessário temer o *popular government* e afirma que as conclusões de Maine foram “imperfeitas”, ele está alegando que o *popular government* se desenvolve plenamente nos Estados Unidos. Como?

3. A concepção stokeriana de *popular government* e a influência de Walt Whitman

Stoker está pensando em outros critérios para o *popular government*: como Maine acusou os europeus de não compreenderem a Constituição estadunidense (Maine, 1918, p. 249-250), Stoker o acusa de não ter compreendido como o *popular government* opera nela. Para Stoker, o *popular government* se realiza na liberdade dada pela Constituição estadunidense, não só no seu papel, mas, na prática, para a formação de “entidades, pequenas formas e aglomerações”, que são “autocontroladas para objetivos locais” (Stoker, 2002, p. 35-36).

Trata-se de olhar a política não de cima, não a partir da disputa pelo poder de mudar a Constituição, como se o objetivo desse sujeito político absolutamente outro, a massa, fosse a partilha das riquezas geradas pelos indivíduos, mas, ao contrário, olhar a política a partir das práticas individuais e coletivas de organização grupal, em busca de objetivos comuns e específicos, justamente o que permite o desenvolvimento da “tradição viva”. Esta variedade de “autocontroles”, de governos autônomos, de *home rules*, de liberdades, de comunidades que se organizam a partir de formas de vida próprias, realiza plenamente a proposta de variedade da poesia whitmaniana.

Esses “autocontroles” variados, por sua vez, crescem naturalmente, diria Stoker (2002, p. 36), ou são “produto natural do solo a partir do momento em que ele se torna britânico” (Maine, 1918, p. 223), não derivados de uma artificial construção legislativa, diferentemente

>>|

<< Sumário

do que Maine pensa. Eles tentam representar, de forma adequada, ou seja, essencialmente elástica, a variedade de ordens que pode surgir tão somente a partir da consciência de indivíduos naturais, livres e responsáveis. São eles que dão a celularidade da estrutura republicana estadunidense, que é, por sua vez uma “massa compacta, coesa e estruturalmente perfeita” (Stoker, 2002, p. 36-37), realizando a proposta multitudinária da poesia whitmaniana.

Se existem limites dados no “autocontrole” pelas “formas mais elevadas de legislação” (Stoker, 2002, p. 36), esses próprios limites são restritos pela multidão variada de “entidades, pequenas formas e aglomerações”, que são “autocontroladas para objetivos locais”, bem como pelo variados métodos de representação popular que levam à ocupação das instituições nacionais, variedade que dá concretude, ainda que uma concretude mutável, às instituições, que não são todas abstrações controladas por uma massa indefinida.

Esta é a “falácia” do sufrágio universal. O sufrágio é mais ou menos amplo, por conta da variedade de qualificações para o voto, Stoker e Maine sabem disso (Stoker, 2002, p. 40; Maine, 1918, p. 231), mas é errado crer que o que indica a existência do *popular government* é o sufrágio universal. O que realiza o *popular government*, a democracia, para Stoker, é a possibilidade de uma variedade de experiências comunais distintas, que ele vê ocorrer nos Estados Unidos.

Ou seja, não as “formas mais elevadas de legislação” ou o procedimento para emendar a Constituição, mas as variadas liberdades das “entidades, pequenas formas e aglomerações”, que são “autocontroladas para objetivos locais”. Isso é *popular government*.

Esta definição de *popular government* deve bastante à obra do poeta estadunidense Walt Whitman. Conhecedor de sua obra, desde pelo menos 1868, Stoker teve uma relação intensa com o poeta, apesar do oceano que os separava, tendo-o visitado diversas vezes e trocado várias cartas com ele (Stoker, 1907, p. 302-303 e 306-312), além de ter acumulado uma grande coleção de escritos seus (Browning (ed.), 2012, p. 233-236). Um desses escritos, o mais político deles, é composto pelas notas para uma palestra proferida por Whitman sobre Abraham Lincoln, presidente dos Estados Unidos da América admirado por ambos, e sobre quem Bram Stoker também faria palestras (Stoker, 1907, p. 312).

Na obra de Stoker, de uma forma geral, não há uma apreciação integral da opinião de Whitman sobre a democracia. Apesar disso, não é absurdo buscar no entorno do autor irlandês uma chave para compreender a recepção desse aspecto da poesia do autor estadunidense no outro lado do Atlântico. Ainda mais porque um de seus leitores mais influentes não só era próximo a Stoker, mas este menciona que lhe foi dada “a honra de iniciar o debate” que se seguiu a uma palestra sua sobre o caráter político da poesia de Whitman.

Nessa palestra, feita em maio de 1871, na Philosophical Society, do Trinity College de Dublin, da qual Stoker era um dos líderes, Edward Dowden, professor de Literatura Inglesa na Universidade de Dublin, tratou do tema “Walt Whitman e a poesia da democracia” (Stoker, 1907, p. 304). Em julho do mesmo ano, Dowden publicaria na *The Westminster Review* um artigo intitulado “The poetry of democracy: Walt Whitman”, que trazia um conteúdo possivelmente semelhante ao da palestra (uma vez que sabemos, por conta das cartas de Dowden, que o texto já estava pronto em 1869, cf. Dowden, 1914, p. 40).

Esse texto, especulamos, não só tem conteúdo semelhante ao da palestra proferida em maio de 1871, mas também pode servir como chave para a recepção de Whitman na Irlanda, e, consequentemente, como uma possível forma de compreendermos como Stoker entendia a política, de uma forma geral, e o pensamento político whitmaniano especificamente, e, portanto, também a (sua) ideia de *popular government*.

A palestra de Dowden se inicia com a contraposição entre o Velho e o Novo Mundo, imaginando que este último, por conta de seus novos elementos naturais, “ideias e paixões”, “tendências sociais e hábitos”, deve ter dado origem a uma nova arte. Esses novos elementos dão origem a uma nova ordem jurídico-política, democrática, que demanda uma nova arte e só a encontra plenamente nas obras de Whitman: ele é o “representante na arte da democracia americana” (Dowden, 1883, p. 468-470 e 472-473).

Contudo, essa democracia só estava “meio-formada”, o que fazia com que Whitman não fosse o “favorito da nação”; ela ainda não o alcançara. O que Whitman faz é concretizar as potências dessa democracia em imagens, seus poemas sendo aqueles “que

naturalmente surgem quando um homem de gênio imaginativo se defronta com um grande mundo democrático, ainda semi-delineado” (Dowden, 1883, p. 474). Sua poesia, portanto, além de representar esse mundo, realiza-o em sua plenitude. Os “grandes princípios e as grandes paixões” da democracia estão em sua obra, mas cabe à posteridade esclarecê-los (Dowden, 1883, p. 474).

A arte democrática não valoriza a forma ou o estilo tradicionais, não tem cânones unânimes, não é pautada pelas leis exaradas por um “crítico ditatorial”; cada geração, diz Dowden:

[...] com suas energias multitudinárias, ideias, paixões, é a lei para si mesma. A não ser pela opinião pública, não há autoridade na Terra maior que a da alma de cada homem, e como a opinião pública é fortemente a favor do individualismo, o escritor é tentado a depreciar injustamente o valor da ordem, da propriedade, da regularidade própria da academia; ele é incentivado a fazer novas experiências literárias como outros fazem novas experiências na religião; é permitido que seja fiel aos seus próprios instintos, sejam eles instintos belos ou o oposto. O apelo que uma obra de arte faz é para a nação, não para uma classe, e, portanto, são admissíveis diversidades de estilo. Todo estilo pode ser tolerado, exceto o insípido; tudo pode ser aceito, exceto aquilo que falha em estimular a mente ou as paixões (Dowden, 1883, p. 481-482).

Whitman, sendo o representante da arte democrática, está distante da autoridade literária, nem se submetendo, nem se revoltando contra ela. Escrevendo perante os grandes modelos da Bíblia, Homero e Shakespeare, ele não os emula. O passado, por sua vez, pertence às gerações passadas, e a ele pertence o presente — não há hostilidade, mas uma relação madura de igualdade de valor entre passado e presente. Mas o passado, “feudal e velho”, por sua vez, pode hostilmente se insurgir contra o presente, “democrático e moderno”, e, neste caso, deve-se invocar o espírito do passado para insuflar o presente, “dominar”, e até mesmo “destruir” os resquícios do passado, deixando “bardos órbicos, com domínio incondicional, intransigente

[...] doces déspotas democráticos do oeste” (Dowden, 1883, p. 482-484). Segundo Dowden, a *ars poetica* de Whitman, também política, é

[...] encarnada no preceito de que o poeta deve manter-se passivo diante do universo material, diante da sociedade, diante de sua própria alma, e tornar-se a força cega, porém guiada de maneira infalível, através da qual esses buscam expressão artística (Dowden, 1883, p. 485).

O “maior poeta” é um “canal de pensamentos e coisas [...] o canal livre de si mesmo” (Dowden, 1883, p. 485), mas não um canal que não reflete, segundo Dowden: um “artista que não cede ao desejo de ordem perfeita e beleza de forma, ao invés de se aproximar da natureza, na verdade a esquece, e acaba cometendo violência a um instinto artístico genuíno” (Dowden, 1883, p. 486). O objetivo é uma “nova teoria da composição literária para trabalhos imaginativos”, que reconheça as “novas forças na linguagem e a criação de uma nova retórica” (Dowden, 1883, p. 486-487), que se importe mais com o “ímpeto e efeitos e pelo que ela planta e estimula a crescer” (Dowden, 1883, p. 487), do que pelo que efetivamente concretiza em formas definitivas. Não anarquia, no entanto, mas sim uma ordem que não seja “militar” (Dowden, 1883, p. 485-487 e 500).

Contra o espírito exclusivista da ordem jurídico-política europeia aristocrática⁹, Whitman louva a igualdade da sociedade democrática. Trata-se de ser um homem livre, ao invés de ser livre por ser um homem “deste ou daquele rank, ou classe, ou casta”. E, se a literatura de períodos aristocráticos é definida pela sua seletividade, a da democracia o é pela “sua abrangência, sua aceitação de todos os homens, sua simpatia multiforme. A diferença entre o Presidente e o pedreiro da Broadway” (Dowden, 1883, p. 487) e, mesmo entre o virtuoso e o vicioso, “é insignificante”, a humanidade comum prevalece sobre o cargo, inclusive sobre as diferenças entre virtuosos e viciosos — apesar de ele reconhecer a superioridade da virtude; consequentemente, a zombaria aristocrática contra qualquer não aristocrata não é mais cabível (Dowden, 1883, p. 487-489 e 520).

9 Cujas arte e forma Dowden descreve muito bem (1883, p. 475-481, *passim*).

E não se trata de um credo abstrato. A democracia whitmaniana é substancial, apesar de idealista. Todo homem é, para Whitman, um “milagre divino”, e a ciência apoia a democracia, porque nela prevalece o “reconhecimento dos fatos da natureza”, e não as “fábulas sociais, superstições e tradição sem investigação”; mas o homem livresco, que não tem contato com a natureza, dele Whitman suspeita (Dowden, 1883, p. 490-492, *passim*).

Não interessa a Whitman retratar homens: “o indivíduo sugere um grupo e o grupo, a multidão [...] homens e mulheres são vistos *en masse*, e a massa não é vista a distância, mas próxima, como uma comunhão de indivíduos” (Dowden, 1883, p. 494). Não aparecem representantes do povo, mas todo o povo, na sua “totalidade sem diminuição”; o que lhe interessa é a multidão, a variedade, a igualdade (Dowden, 1883, p. 494). O herói do poeta-democrata é a nação, mesmo quando ela é individualizada, e uma nação pode ser individualizada, mas também sempre pode ser expandida para englobar toda a raça humana (Dowden, 1883, p. 496).

Dowden faz questão de deixar claro que o poeta estadunidense é politicamente responsável:

Sem nenhum transcendentalismo ou misticismo político sobre o princípio do sufrágio universal, sem suavizar seus “perigos apavorantes”, e, em sua própria opinião, satisfeito de que, até que chegue o momento do autogoverno, este deveria esperar, e a condição de tutela autoritária deveria continuar, ele ainda aprova o princípio como “o único seguro e preservativo para os tempos vindouros” — e enxerga na América sua guardiã (Dowden, 1883, p. 496-497).

Whitman, diz Dowden, olha para as moléstias da democracia

[...] não sem tristeza, não sem vergonha, mas sem desespero. Ele não compara injustamente os primeiros anos de confusão e crudismo de uma vasta era industrial e democrática com os resultados finais e aperfeiçoados de uma era feudal e aristocrática (1883, p. 499).

Dowden não se furta a comentar o objeto das polêmicas em torno de Whitman, qual seja, as sessões “Children of Adam” e “Calamus”, de seu *Leaves of grass*, que tratam, entre outras coisas, do desejo sexual e do desejo homoerótico, respectivamente. Dowden, porém, insiste que “Calamus” não trata de homoerotismo, mas de camaradagem. Segundo ele, a valorização do desejo e a crença na imoralidade de sua condenação são uma consequência clara do credo igualitário e naturalista de Whitman na política, mas Dowden não deixa de criticar o que entende ser uma imprudência de Whitman, ao comentar que o poeta parecia ter esquecido que o “instinto do silêncio [...] é uma bela e indestrutível parte da natureza” (Dowden, 1883, p. 504), sem com isso acreditar que a substância em si seja impura ou feia e doente (Dowden, 1883, p. 501-504).

Na verdade, por trás disso tudo, de acordo com o crítico, havia uma grande valorização da alma, da qual todo o resto, política, poesia, corpo, seria expressão. Só restava prejudicada a razão, o “entendimento em busca de conclusões” (Dowden, 1883, p. 507), que parecia sem poder de convencimento. Essa recusa impede que Whitman conceba a arte como técnica, que ele teme ser muito dependente de uma ideia ou de um modelo; contra os modelos, aqueles que crescem perto da natureza selvagem. Se não se trata de uma recusa da cultura como um todo, é uma recusa da cultura que “cresceu de aristocracias feudais” (Dowden, 1883, p. 509); contra ela, a cultura dos “instintos viris e corajosos, e percepções amorosas, e respeito próprio”, em que prevalece a consciência, “o elemento moral primário” (Dowden, 1883, p. 510), maior, inclusive, do que a religião (Dowden, 1883, p. 506-510 e 521).

Segundo Dowden:

No período da cavalaria, existia uma bela relação entre homem e homem, da qual não resta nenhum vestígio como uma instituição — a relação entre cavaleiro e escudeiro. O olhar protetor, incentivador e benevolente do homem mais velho, experiente e superior, era respondido pelo olhar admirador e aspirante do mais jovem e inferior. A relação era fundamentada na desigualdade; dela derivava a beleza essencial. Existe alguma relação possível,

não menos bela, correspondendo à nova condição das coisas e fundamentada na igualdade? Sim, há a camaradagem viril. Aqui capturamos uma das notas mais claras e frequentemente repetidas da canção de Whitman. Os sentimentos de igualdade, individualismo, orgulho, autoconservação, ele não reprimiria; eles devem ser tão grandes quanto a alma é grande; mas eles devem ser equilibrados pelos sentimentos de fraternidade, simpatia, entrega de si mesmo, camaradagem. Os radicais europeus, em sua maioria, foram divididos em duas escolas, com as palavras de ordem respectivas de Igualdade e Fraternidade. Whitman expressa os sentimentos de ambas as escolas, enquanto sua posição como poeta, em vez de teórico ou político, o salva da devoção excessiva a tais esquemas socialistas ou comunistas, como os que a interpretação prematura do sentimento de fraternidade em instituições políticas gerou, levando a um aborto prematuro. Uma parte de *Leaves of grass*, intitulada "Calamus" (Calamus sendo a grama com lanças maiores e mais resistentes e com um buquê fresco e pungente), é dedicada ao tema da camaradagem. E nos parece impossível ler os poemas incluídos sob este título sem ver nosso interesse pelo poeta Walt Whitman rapidamente se transformar em um amor sincero pelo homem, esses poemas, através de suas reservas, ocultações e traições ternas, revelando seu coração em sua fraqueza e força mais do que qualquer outro (1883, p. 512-513).

É só a camaradagem, de acordo com Dowden, que, Whitman crê, pode salvar a democracia estadunidense dos perigos que a ameaçam. Essa camaradagem é o desenvolvimento do princípio da igualdade, e ela existe enquanto potencial a ser realizado pelas instituições democráticas. Essa igualdade se espalha por toda a natureza, que tem iguais direitos (Dowden, 1883, p. 513-514). Segundo Dowden, para Whitman:

[...] a grande Mãe, a Terra, é uma em caráter com seus filhos da democracia, que, finalmente, conforme o poeta sustenta, aprenderam a viver e trabalhar com seu grande estilo. Ela é tolerante, inclui a diversidade, não recusa nada, não exclui ninguém; é poderosa, cheia de vitalidade, generosa, orgulhosa, perfeita em retidão natural, não discute sua obrigação para com Deus, nunca se desculpa, não argumenta, é incompreensível, silenciosa, rude, produtiva, caridosa, rica nos órgãos e instintos do sexo, e ao mesmo tempo contida e casta (1883, p. 515).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Trata-se da “democracia dos campos, nascida da terra”, como a grama que dá título ao livro, na qual cada folha é igual, e Deus ou a natureza só desejam o bem da sociedade — em uma democracia, “perpetuamente móvel” — e os desejos dos homens chamam esse movimento, em direção à unidade, “progresso”. Esse progresso desejado pelo homem e pela Providência divina gera uma fé inquebrantável, “independente de qualquer evidência”, que abole mesmo a possibilidade de uma punição na eternidade. A própria morte faz parte dessa comunidade benevolente (Dowden, 1883, p. 516-519 e 521).

Entendo que essa leitura de Whitman teve uma influência marcante na obra de Stoker. Se ela não é a única influência, ela é determinante no fim de seus processos de juízo acerca dos problemas que enfrenta: é esta perspectiva democrática whitmaniana que vai ser a guia de seu juízo.

Dowden encaminhou, em julho de 1871, uma cópia do artigo para Whitman, informando que sabia que William Michael Rossetti já o havia encaminhado¹⁰. Whitman responde informando

10 A carta está disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01486.html>. Acesso em: 15 fev. 2024. Foi através da seleta de poemas editada por William Michael Rossetti, em 1868, que Stoker teve contato com a obra de Whitman (Stoker, 1907, p. 302-303).

>>|

<< Sumário

o recebimento, em 22 de agosto do mesmo ano¹¹, e, em 5 de setembro¹² e em 15 de outubro, Dowden escreve novamente para Whitman, tratando dos whitmanianos do seu “lado da água” e de outros artigos que saíram sobre Whitman no Reino Unido, todos a partir da perspectiva democrática estadunidense do poeta de *Leaves of Grass*, em contraposição a uma perspectiva aristocrática europeia. É só em 18 de janeiro de 1872 que Whitman responde a Dowden, informando que o artigo lhe agradou, concordando com as opiniões nele expressas, bem como com sua perspectiva de analisá-lo enquanto poeta, a partir do conceito de democracia:

Eu diria que (como você certamente percebe) a espinha ou o princípio vertebral do meu livro é um modelo ou ideal (para o serviço do Novo Mundo e para ser gradualmente absorvido por ele) de um homem moderno completo, saudável, heroico e prático — emocional, moral, espiritual, patriótico — um filho, irmão, marido, pai, amigo, cidadão grandioso e melhor do que qualquer outro até agora — formado e moldado em consonância com a ciência moderna, com a democracia americana e com os requisitos da vida industrial e profissional atual — um modelo de uma mulher também, igualmente moderna e heroica — uma filha, esposa, mãe, cidadã também, melhor do que qualquer outra até agora. Eu busco tipificar uma Personalidade Humana viva, imensamente animal, com paixões imensas, amatividade imensa, adesividade imensa — na mulher, maternidade imensa — e então, em ambos, uma consciência moral ainda mais imensa, e sempre realizar o controle direto e indireto das leis divinas através de tudo e sobre tudo para sempre. [...] Em *Democratic vistas*,

11 A carta está disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01488.html#n0655>. Acesso em: 15 fev. 2024.

12 A carta está disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01489.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.

eu busco tornar evidente o vácuo assustador, em nossos tempos e aqui, de qualquer escola de grande literatura e arte imaginativas, adequadas para um povo republicano, religioso e saudável — e sugerir e profetizar tal literatura como o único meio vital de sustentar e perpetuar tal povo. Eu gostaria de projetar, pelo menos, o esboço áspero de tal escola de literaturas — uma raça completamente nova de autores, poetas, americanos, abrangentes, hegelianos, democráticos, religiosos — e com um escopo e método infinitamente maiores do que qualquer outro até agora¹³ (Whitman, Walt. In: Cohen; Folsom; Price. *The Walt Whitman Archive*, s. d.).

Em 18 de fevereiro de 1872, é a vez de Stoker escrever sua primeira carta para Whitman. Nela, o escritor hiberno-britânico se descreve e deixa claro que a visão que ele constrói, então, dos Estados Unidos da América, é profundamente influenciada por Whitman: trata-se da “terra do Progresso” que ele “canta”. Mesmo um homem, no entanto, com “menos da metade de sua idade”, criado para ser um “conservador em um país conservador”, que foi exposto às difamações do nome de Whitman pela “grande massa do povo [...] sentiu seu coração saltar em sua direção através do Atlântico, e sua alma se expandindo com as palavras ou, melhor dizendo, com os pensamentos.”. Uma palavra ou frase de Whitman, por vezes, tira Stoker do mundo que o cerca e o põe “em uma terra ideal cercada por realidades”¹⁴.

13 A carta está disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01491.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.

14 Stoker literalmente se descreve: “[...] meu nome é Abraham Stoker (Júnior). Meus amigos me chamam de Bram. Eu moro no número 43 da Harcourt St, Dublin. Sou um funcionário a serviço da Coroa com um salário modesto. Tenho vinte e quatro anos. Já fui campeão em nossos esportes atléticos (Trinity College Dublin) e ganhei cerca de uma dúzia de troféus. Também fui presidente da Philosophical Society da Faculdade e um crítico de arte e teatro de um jornal diário. Tenho 1,88 metros de altura e peso 76 quilos sem roupa, costumava ter 104 ou 107 centímetros de circunferência no peito. Sou feio, mas forte e determinado, com um grande calombo sobre as sobrancelhas. Tenho uma mandíbula pesada, uma boca grande com lábios grossos, narinas

Ele não a enviou, no entanto. Só anos mais tarde teria coragem de fazê-lo.

Considerações finais

É partindo, portanto, de Whitman, que Stoker entende a democracia estadunidense. Mas um Whitman elaborado, tanto pelas experiências de Bram no país quanto pela leitura de Dowden. Não se trata de filiação, no entanto, mas de uma alternativa teórica que seguimos, diante da ausência de comentários mais elaborados do próprio Stoker acerca da “poesia da democracia” whitmaniana: pensar que Stoker lê Whitman de forma mais ou menos parecida com a forma com a qual Dowden, seu mentor para assuntos whitmanianos, o lia. Divergências possivelmente existiam, mas, pelas opiniões de Stoker sobre assuntos que interessavam a Whitman também, enquanto poeta dessa nova ordem jurídico-política democrática, podemos especular que havia uma constelação de argumentos e imagens políticas ou possivelmente utilizáveis politicamente comuns, ou ao menos assimiláveis entre esses três autores.

A palestra-ensaio de Dowden serve para superar a barreira existente entre as tradições políticas, uma “tradução” intertradicional não só disponível, mas cujo autor também era estimado por Stoker, e que operava em sua tradição, não só anglo-britânica, mas hiberno-britânica, e, especificamente, irlandesa. Então resta, ainda, trabalho a ser feito, o de comparar mais detidamente Stoker, Dowden e Whitman.

Este artigo é parte de uma obra maior de investigação desta cadeia, mas parte fundamental, em três sentidos: em primeiro lugar, de uma investigação mais detida sobre o pensamento político de Bram Stoker e, como consequência, deste grupo de whitmanianos

sensíveis, um nariz arrebitado e cabelos lisos. Tenho temperamento equilibrado, uma disposição tranquila, muito autocontrole e sou naturalmente reservado para o mundo. Sinto prazer em mostrar às pessoas que não gosto — pessoas de caráter mesquinho, cruel, sorrateiro ou covarde — meu lado pior. Tenho um grande número de conhecidos e uns cinco ou seis amigos, todos os quais se importam muito comigo. Agora eu disse tudo o que sei sobre mim” (Stoker, Bram. In: Cohen; Folsom; Price. *The Walt Whitman Archive*, s. d.).

A carta está disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/syr.00005.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.

do qual Stoker fazia parte em seus anos de formação universitária, anteriores à sua ida para Londres; em segundo lugar, de um estudo da carreira de Stoker como intelectual público e de intelectual público voltado, especificamente, para o estudo da ordem jurídico-política anglo-britânica, e do problema que o *Home Rule* irlandês implicava para esta ordem, inclusive, especialização esta que seus vínculos com a profissão jurídica indicam; em terceiro lugar, uma outra investigação, que busca compreender a relação entre a obra ficcional e não ficcional de Stoker, a partir desta perspectiva especificamente jurídico-política; relação que não é unidirecional, com as obras de ficção sendo relegadas à função de alegorias das opiniões políticas mais adequadamente expostas nas obras de não ficção — ao contrário: as críticas à aristocracia alta e anti-igualitária mais vigorosas são encontradas de forma mais clara nas obras de ficção, e elas iluminam o quão próximo da oposição whitmaniana à aristocracia de sangue estava Stoker. Esses sentidos, já em parte explorados (Klausner, 2024), pedem análises e aprofundamentos próprios.

Outra atividade reflexiva que o artigo propõe, de certa forma menos acadêmica, é que se repense a democracia, a partir de instituições locais, em seus objetivos e reduzidos tamanhos, e não de instituições nacionais. É esta celularidade da estrutura republicana estadunidense uma das maiores dificuldades para o entendimento dos autores voltados aos estudos do Direito comparado e do público leigo, em especial daqueles acostumados com outras tradições jurídico-políticas ocidentais: mais importante que a Constituição estadunidense, primeira proclamação de valores que influenciaram não só o Ocidente, mas o mundo inteiro, talvez sejam as leis que os concretizam, no que se refere ao direito de associação. Esse direito apaga as distinções tão firmemente estabelecidas, em outros sistemas, entre Direito Público e Privado, permitindo que os Estados Unidos da América permaneçam sendo, como outrora, uma “massa compacta, coesa e estruturalmente perfeita”, voltada para a promoção do maior número de liberdades, tanto de indivíduos quanto de grupos. As ações muitas vezes criticáveis dos governos estadunidenses não diminuem esse aspecto “utópico” da proposta política estadunidense, realizado exemplarmente pelas comunidades intencionais.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

É esta perspectiva que escapa a Maine. Se Stoker, de fato, é mais conhecido como autor de romances de terror, ele é, mesmo enquanto desempenha esta função, um intelectual público profissionalmente treinado como *barrister*; ou seja, podemos presumir que ele tinha ciência das implicações jurídico-políticas de suas obras. O Conde Drácula, que, de seu castelo na Transilvânia, tem designios malignos para as multidões londrinas, inglesas e mundiais, tem sua vilania acrescida de uma maldade política, porque, para ele, esses *teeming millions*, esses “fervilhantes milhões”, não são seus iguais, mas, quando não meras “ovelhas em um matadouro”, ou seja, alimento, eles são potenciais escravos de sua vontade, suas “criaturas”, seus “chacais” (Stoker, 2006, p. 24, 50 e 261).

Stoker expõe esta sua faceta em seu *The Glimpse of America*, ao citar diversos autores, dentre os quais Sir Henry Maine. Este último, professor em Oxford e em Cambridge, afirmava, tanto que a Constituição estadunidense não era original, sendo, na verdade, mera “versão da Constituição britânica”, quanto que, na prática, ela impediria os desenvolvimentos mais temerários do *popular government*, com o seu criterioso processo legislativo constitucional. Ao *popular government* opunha a legitimidade de uma aristocracia intelectual de composição variada para governar, em defesa, tanto das massas quanto das minorias e do progresso científico.

Contra esses argumentos, Stoker não opõe o sufrágio universal, mas outra perspectiva sobre a democracia, partindo da análise do “crescimento natural” da estrutura republicana celular dos Estados Unidos. Ele afirma que a democracia estadunidense é “construída a partir de entidades, pequenas formas e aglomerações, em uma massa compacta, coesa e estruturalmente perfeita”, e que o objetivo do caráter republicano do governo é promover a maior variedade de liberdades. O governo nacional estadunidense se caracterizaria, portanto, por preservar um grande número de liberdades para a regulação pelos Estados, pelos *counties* e suas subdivisões, “autocontroladas para objetivos locais que não sejam regulados por formas mais elevadas de legislação”. A esta estrutura orgânica se soma a variedade de métodos de representação popular encarnados nas instituições nacionais (Presidência, Senado e Câmara dos Representantes), bem como a variedade de critérios de sufrágios, determinados estadualmente.

Esta é a interpretação stokeriana do *popular government*, entendido através do conceito de democracia whitmaniana. Vemos isso através da leitura de Dowden de Whitman, na qual o poeta estadunidense, contrastando o velho continente aristocrático e o novo continente democrático, concretiza as potências dessa democracia ainda não plenamente formada em imagens, caracterizada pela energia, ideias e paixões da multidão, dessa comunhão de indivíduos, e do presente, enfim, da modernidade. Essa democracia atravessa a política, a ciência e a arte, os grupos e os indivíduos, o corpo e a alma, a natureza e a cultura, envolvendo os seres humanos, os animais, os vegetais e todo o restante da natureza, em uma ordem igualitária, mas variada, liberal, moral, naturalista e profundamente antiaristocrática — enfim, total —, fundada na camaradagem, o desenvolvimento pleno do princípio da igualdade.

Stoker vê o conteúdo dessa democracia, ainda não plenamente formada, presente nas utópicas sementes das “entidades, pequenas formas e aglomerações”, que são “autocontroladas para objetivos locais”, e que caracterizam a ordem jurídico-política estadunidense. Como Whitman, Stoker enxerga nos Estados Unidos da América o guardião dessa ordem, o guardião do *popular government*.

Referências

- ANDERSON, J. Stuart et al. *The Oxford History of the Laws of England*. V. XI: 1820-1914, English Legal System. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BELFORD, Barbara. *Bram Stoker and the Man who was Dracula*. Cambridge: Da Capo Press, 2002.
- BRADLEY, A. W.; EWING, K. D.; KNIGHT, C. J. *Constitutional and Administrative Law*. Harlow: Pearson Education, 2015.
- BROWNING, John Edgar (ed.). *The Forgotten Writings of Bram Stoker*. New York: Palgrave Macmillan, 2012.
- CANNADINE, David. *Victorious Century: The United Kingdom, 1800-1906*. London: Penguin Random House, 2017.
- COCKS, R. C. J. *Sir Henry Maine: A Study in Victorian Jurisprudence*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1988.
- COVER, Robert. Nomos e narração. In: *Anamorphosis - Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 2, n. 2, p. 187-268, jul./dez., 2016.
- DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: The Macmillan Press, 1979.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

- DOWDEN, Edward. Edward Dowden to Walt Whitman, 23 July 1871. In: COHEN, Matt; FOLSOM, Ed; PRICE, Kenneth M. (ed.). *The Walt Whitman Archive*. Disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01486.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- DOWDEN, Edward. Edward Dowden to Walt Whitman, 5 September 1871. In: COHEN, Matt; FOLSOM, Ed; PRICE, Kenneth M. (ed.). *The Walt Whitman Archive*. Disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01489.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- DOWDEN, Edward. *Studies in Literature, 1789-1877*. London: Kegan Paul, Trench & Co., 1883.
- DOWDEN, Edward. *The Letters of Edward Dowden and his Correspondents*. London: J. M. Dent & Sons, Ltd., 1914.
- EIGHTEEN-BISANG, Robert; MILLER, Elizabeth (eds.). *Drafts of Dracula*. Victoria: Tellwell, 2019.
- GIBSON, Matthew; MÜLLER, Lenore Sabine (ed.). *Bram Stoker and the Late Victorian World*. Clemson: Clemson University Press, 2018.
- GLADSTONE, W. E. *Speeches on the Irish Question in 1886*. Edimburgo: Andrew Elliot, 1886.
- KLAUSNER, Guilherme Alfradique. *The Children of the Night: o problema da aristocracia no pensamento político de Bram Stoker*. 2024, 453 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.
- LOSANO, Mario G. *Os Grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extraeuropeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. Do Direito à Política: a gênese da jurisdição constitucional norte-americana. In: *Revista de Ciências Sociais* (UGF), v. 20, p. 15-40, 2010.
- MAINE, Sir Henry Sumner. *Popular government: Four Essays*. London: John Murray, 1918.
- MURRAY, Paul. *From the Shadow of Dracula: A Life of Bram Stoker*. London: Jonathan Cape, 2004.
- STOKER, Bram. Abraham Stoker to Walt Whitman, 18 February 1872. In: COHEN, Matt; FOLSOM, Ed; PRICE, Kenneth M. (ed.). *The Walt Whitman Archive*. Disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/syr.00005.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.
- STOKER, Bram. *A Glimpse of America and Other Lectures, Interviews and Essays*, edited and introduced by Richard Dalby. Southend-on-Sea: Desert Island Books, 2002.
- STOKER, Bram. *Five Novels*. New York: Barnes & Noble, 2006.
- STOKER, Bram. *Personal Reminiscences of Henry Irving*. Londres: William Heinemann, 1907.

THE HONOURABLE SOCIETY OF THE INNER TEMPLE. The Inner Temple Archives. Disponível em: <https://archives.innertemple.org.uk/names/eb5d7d3a-acdb-4ea6-b867-8a732c14f588>. Acesso em: 8 abr. 2024.

TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WHITMAN, Walt. Walt Whitman to Edward Dowden, 22 August 1871. In: COHEN, Matt; FOLSOM, Ed; PRICE, Kenneth M. (ed.). *The Walt Whitman Archive*.

Disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01488.html#n0655>. Acesso em: 15 fev. 2024.

WHITMAN, Walt. Walt Whitman to Edward Dowden, 18 January 1872. In: COHEN, Matt; FOLSOM, Ed; PRICE, Kenneth M. (ed.). *The Walt Whitman Archive*.

Disponível em: <https://whitmanarchive.org/biography/correspondence/tei/loc.01491.html>. Acesso em: 15 fev. 2024.

WILD WILD COUNTRY. Direção: Chapman Way; Maclain Way. Produção: Juliana Lembi; Josh Braun et al. Los Angeles: Netflix, 2018. 1ª série documental (6 episódios). Disponível em: <https://www.netflix.com/title/80145240>. Acesso em: 27 jan. 2025.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Precedentes judiciais no Brasil: uma crítica hermenêutica à promessa de segurança jurídica

Judicial precedents in Brazil: a hermeneutical critique of the promise of legal certainty

MARCELO PINTO CHAVES¹ 
KEILA OLIVEIRA KREMER² 

Resumo

O presente artigo busca analisar o papel dos precedentes judiciais no Direito brasileiro, destacando sua função na promoção da segurança jurídica, da coerência e da estabilidade decisória, sem ignorar os desafios hermenêuticos e democráticos de sua aplicação. A partir de uma abordagem teórico-crítica, examina-se como o modelo brasileiro de precedentes, especialmente após o

1 Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pós-graduado em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário) pela UNESA. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6288-1320>

2 Doutoranda em Direito na UNESA. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada *lato sensu* em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada *lato sensu* em Direito Empresarial, Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida (UVA).

Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-6645-5832>

Código de Processo Civil de 2015, se relaciona com os princípios constitucionais e com a tradição do civil law, sem se limitar à simples importação do common law. Discutem-se as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) como mecanismos de equilíbrio entre estabilidade e dinamismo jurídico. Sob a ótica da hermenêutica constitucional e das reflexões de Lenio Streck, problematiza-se a ilusão de neutralidade interpretativa e o risco da aplicação mecânica dos precedentes. Conclui-se que sua consolidação exige uma compreensão hermenêutica e democrática, que garanta integridade, coerência e proteção à confiança legítima dos jurisdicionados.

Palavras-chave: decisão judicial; coerência jurisprudencial; racionalidade jurídica; integridade do direito; cultura dos precedentes.

Abstract:

This article offers a critical analysis of the role of judicial precedents in Brazilian law, emphasizing their relevance to legal certainty, coherence, and decisional stability while addressing the hermeneutical and democratic challenges surrounding their application. From a theoretical and critical perspective, it examines how the Brazilian model of precedents — particularly after the 2015 Code of Civil Procedure — relates to constitutional principles and the civil law tradition, without merely replicating the common law system. The study discusses the techniques of *distinguishing* and *overruling* as mechanisms for balancing stability and legal dynamism. From the standpoint of constitutional hermeneutics and Lenio Streck's reflections, it questions the illusion of interpretive neutrality and the risk of mechanical standardization of decisions. The article concludes that the consolidation of precedents in Brazil requires a hermeneutical and democratic understanding that ensures integrity, coherence, and protection of citizens' legitimate expectations.

Keywords: judicial decision; jurisprudential coherence; legal rationality; integrity of law; precedent culture.

Introdução

O fortalecimento dos precedentes no Direito brasileiro representa uma inflexão paradigmática na cultura jurídica nacional, especialmente após a vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 2015. Embora inserido na tradição do *civil law*, o ordenamento brasileiro passou a incorporar, de forma institucionalizada, mecanismos típicos do *common law*, impondo deveres de observância a determinados julgados.

Esse movimento surge em resposta à crescente judicialização das relações sociais e à evidente crise de coerência e previsibilidade, no âmbito do Poder Judiciário. Nesse cenário, o sistema de precedentes é apresentado como instrumento de promoção da segurança jurídica, da isonomia e da estabilidade decisória. Contudo, sua adoção não está isenta de críticas, especialmente no que se refere à compatibilidade com os pressupostos da hermenêutica constitucional e com as exigências democráticas do processo de produção normativa.

O presente artigo tem por objetivo discutir a relevância dos precedentes como instrumentos de segurança jurídica, analisando seus desafios hermenêuticos, suas limitações e as tensões decorrentes de sua aplicação no modelo jurídico brasileiro. A pertinência do tema se justifica não apenas pela crescente centralidade dos precedentes na prática forense, mas também pela necessidade de refletir criticamente sobre seus efeitos na conformação da jurisdição constitucional e na garantia dos direitos fundamentais.

1. Precedentes no Direito brasileiro: evolução histórica e fundamentos

A construção do sistema de precedentes no Direito brasileiro representa um movimento relativamente recente, que rompe, ao menos parcialmente, com a tradição normativa centrada exclusivamente na lei, própria dos países de tradição romano-germânica. Historicamente, no *civil law*, a jurisprudência possui, em regra, função persuasiva, destinando-se a orientar, mas não a vincular, a atuação jurisdicional.

A tradição do *Common Law* é traduzida através da perspectiva de uma lei comum que está diretamente ligada à ideia de jurisprudência,

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

a qual adota entendimentos jurídicos a partir de sentenças/decisões judiciais anteriores (Malta; Carvalho; Andrade, 2019).

Quanto ao *Civil Law*, tem-se que os romanos foram os primeiros a organizar o Direito nesse formato, extraíndo a regra jurídica dos casos concretos cotidianos, identificando sua classificação e, em seguida, aplicando aos novos casos a ordem e a segurança necessárias ao progresso. É uma estrutura jurídica que se dá a partir da interpretação da lei, tida como a principal fonte do Direito (Malta; Carvalho; Andrade, 2019).

No Brasil, esse paradigma começa a ser tensionado especialmente a partir da ampliação da litigiosidade e da sobrecarga dos tribunais, fenômenos que revelaram a insuficiência da solução centrada apenas na norma legal. A necessidade de conferir maior estabilidade, coerência e previsibilidade às decisões judiciais impulsionou a introdução de mecanismos próprios da tradição do *common law*, ainda que de maneira adaptada à realidade brasileira.

Normativamente, esse movimento se consolida com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, que inaugura, no artigo 926, o dever dos tribunais de manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, e, no artigo 927, que estabelece hipóteses de observância obrigatória de precedentes, dentre elas: decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; decisões em Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR); Incidentes de Assunção de Competência (IAC) e julgamentos de recursos repetitivos, além das súmulas vinculantes.

Apesar de sua formalização recente, é necessário destacar que o uso da jurisprudência como fonte de orientação já se fazia presente em instrumentos anteriores, como o instituto da repercussão geral, criado pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, e o regime dos recursos repetitivos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, o CPC de 2015 marca a passagem de um modelo de mera referência jurisprudencial para um modelo normativo de vinculação formal (Brasil, 2004).

Esse movimento, todavia, não está livre de críticas. Parte expressiva da doutrina alerta para os riscos de uma transposição acrítica de modelos próprios do *common law* para um sistema de matriz civilista, sem que haja um adequado amadurecimento institucional, teórico e cultural capaz de sustentar tal transição. Assim, a discussão sobre precedentes no Direito brasileiro não se

limita à sua previsão normativa, mas alcança dimensões teóricas mais complexas, como a compatibilidade desse modelo com a tradição hermenêutica, democrática e constitucional brasileira.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

2. Segurança jurídica e precedentes: uma relação necessária

A correlação entre o princípio da segurança jurídica e o sistema de precedentes é direta e inafastável no contexto do Estado Democrático de Direito. A institucionalização dos precedentes obrigatórios, especialmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015, tem como fundamento precípua justamente a busca pela estabilidade, pela previsibilidade e pela coerência na atuação jurisdicional.

Importante destacar que a segurança jurídica constitui valor estruturante do Estado Democrático de Direito e encontra respaldo direto no texto constitucional brasileiro. Ela não se limita à proteção de situações passadas, mas se projeta para o futuro como garantia de previsibilidade, estabilidade e coerência na atuação dos poderes públicos, especialmente do Poder Judiciário. Sua função é assegurar que os indivíduos possam planejar suas condutas, confiando que as regras jurídicas e as decisões judiciais serão aplicadas de forma razoavelmente estável, íntegra e coerente.

Nesse cenário, a incorporação dos precedentes obrigatórios no direito brasileiro surge, inicialmente, como resposta à necessidade de fortalecer a segurança jurídica. Pretende-se, com isso, reduzir as oscilações jurisprudenciais, evitar decisões contraditórias e conferir maior racionalidade ao sistema de Justiça. A própria redação do artigo 926 do CPC é clara ao estabelecer que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

2.1 A segurança jurídica como valor constitucional fundamental

No Estado Constitucional contemporâneo, a segurança jurídica é condição indispensável para a proteção dos direitos fundamentais e para a própria legitimidade do sistema jurídico. Ela se manifesta

>>|

<< Sumário

tanto no plano material — proteção contra mudanças arbitrárias nas normas e decisões — quanto no plano formal — previsibilidade e coerência na atuação dos órgãos jurisdicionais.

O princípio da segurança jurídica, embora não esteja expressamente nominado, encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 5º, *caput*, que consagra o Estado de Direito, e no inciso XXXVI do mesmo artigo, que assegura a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Trata-se de garantia fundamental inerente à ordem constitucional, própria de um Estado Democrático de Direito, cuja função precípua consiste em assegurar estabilidade, previsibilidade e proteção da confiança nas relações jurídicas. No âmbito da jurisdição, o princípio da segurança jurídica impõe limites à atuação judicial, especialmente no que se refere à preservação de entendimentos consolidados e à uniformidade na aplicação do direito, funcionando como condição indispensável para a proteção das expectativas legítimas dos jurisdicionados.

Sem segurança jurídica, o cidadão fica submetido à insegurança normativa, à incerteza quanto à interpretação e à aplicação do direito, e, conseqüentemente, ao arbítrio judicial. Por essa razão, a segurança jurídica, enquanto princípio constitucional implícito, é corolário direto do devido processo legal, da isonomia e da proteção da confiança legítima.

Nesse sentido, a importância da discussão acerca dos precedentes, visto que, conforme será tratado mais a frente, acabam funcionando como instrumentos normativos voltados, pelo menos em tese, à proteção da confiança dos jurisdicionados, assegurando que situações jurídicas semelhantes sejam solucionadas de maneira uniforme, evitando oscilações arbitrárias que possam comprometer a integridade do direito e a legitimidade das decisões judiciais.

2.2 Os precedentes contribuem para a estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais?

A institucionalização dos precedentes busca criar um ambiente de estabilidade decisória, de modo que casos semelhantes sejam solucionados de maneira semelhante. Isso reduz a dispersão jurisprudencial e torna o direito mais previsível, o que é essencial, tanto

para os cidadãos quanto para as instituições públicas e privadas que dele dependem.

A força normativa dos precedentes, entretanto, não significa rigidez absoluta, mas, sim, um compromisso dos tribunais com a coerência, a integridade e a racionalidade das decisões. Nesse contexto, os precedentes não funcionam como simples comandos abstratos, mas como orientações interpretativas que devem ser aplicadas de maneira fundamentada e dialogada com os casos concretos.

Contudo, essa concepção enfrenta severas críticas, especialmente do ponto de vista hermenêutico e democrático. Lenio Streck alerta que, embora a adoção dos precedentes no Brasil busque inspiração no *common law*, há uma reprodução acrítica e, por vezes, equivocada de seus elementos, sem a devida compreensão das bases filosóficas e históricas desse sistema.

Streck indaga: “Se a base dos precedentes é o *common law*, sabemos bem como ele funciona? Se não é o *common law*, então por qual motivo buscam os precedentalistas importar componentes desse sistema?” (Streck, 2018, p. 348). O questionamento é pertinente, na medida em que o *common law* possui uma estrutura epistemológica distinta do *civil law*, especialmente na formação dos precedentes a partir da *ratio decidendi* e do respeito estrito ao *stare decisis*.

O termo *stare decisis* deriva da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere*, leia-se, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Com origem no Direito inglês, ganhou força nos países que adotam o *common law system*, onde foi alcunhada de *doctrine of binding precedent*. Já o conceito de *ratio decidendi* (ou *holding* para os norte-americanos), é aquilo que se consubstancia nos fundamentos jurídicos da decisão, é a tese jurídica acolhida pelo magistrado ao proferir o *decisum* (Freitas; Reis, s. d.).

O Brasil não replicou esse modelo em sua inteireza. Criou-se, portanto, uma espécie de sistema híbrido, que não corresponde nem ao *common law* clássico, nem se mantém fiel ao modelo puro do *civil law*. Surge, então, o desafio de construir uma doutrina dos precedentes que não seja mera imitação, mas que dialogue com os princípios constitucionais e com a tradição jurídica brasileira.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

2.3. Riscos da ausência de coerência jurisprudencial: insegurança, imprevisibilidade e descrédito do Judiciário

A inexistência de coerência jurisprudencial acarreta efeitos extremamente nocivos para a estabilidade do direito e para a própria legitimidade do Poder Judiciário. A insegurança decorrente de decisões contraditórias compromete não apenas a previsibilidade, mas também o princípio da isonomia, uma vez que situações semelhantes passam a ser tratadas de formas distintas.

Essa desordem decisória mina a confiança dos cidadãos na Justiça, gerando descrédito institucional e contribuindo para a percepção de que o direito é instável, arbitrário e, em última análise, imprevisível. Isso impacta diretamente a própria efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que, sem estabilidade normativa e decisória, os cidadãos ficam desprotegidos diante de mudanças abruptas ou incoerentes no entendimento dos tribunais.

No entanto, talvez os precedentes, nos moldes descritos no CPC de 2015, não sejam o melhor caminho para encontrar essa estabilidade e coerência jurisprudencial.

Nesse ponto, Streck é incisivo ao criticar a ilusão de que o sistema de precedentes resolveria, por si só, o problema da insegurança jurídica. Ele questiona: “Como pode o precedentalismo pretender uma solução para o problema da interpretação se um precedente também é texto a ser interpretado?”. Ora, se o precedente é, ele próprio, produto de linguagem, jamais escapará da condição hermenêutica de todo texto, ou seja, da abertura à interpretação, aos condicionantes históricos e linguísticos (Streck, 2018, p. 349).

Dessa forma, pensar que precedentes possam ser aplicados de forma automática ou como substitutos da interpretação é não apenas ingênuo, mas profundamente perigoso, pois transforma o precedente em um fetiche jurídico, desprovido de crítica e sensibilidade hermenêutica.

2.4 A proteção da confiança legítima e das expectativas dos jurisdicionados

A proteção da confiança legítima é uma das principais manifestações concretas da segurança jurídica. Ela assegura que os cidadãos possam confiar na estabilidade dos entendimentos

jurisprudenciais e das normas aplicadas, evitando surpresas indevidas que possam comprometer seus projetos de vida, suas relações econômicas e sociais.

Nesse sentido, os precedentes, quando bem aplicados, funcionam como instrumentos de proteção das expectativas legítimas, permitindo que os jurisdicionados saibam, com razoável grau de certeza, como o Poder Judiciário tende a decidir questões jurídicas relevantes.

Contudo, Streck traz uma crítica contundente à forma como, no Brasil, se tenta construir um sistema de precedentes. Ele pergunta: “Se a base não é o *common law*, mas um sistema brasileiro de ‘precedentes’, como explicar que o Judiciário se substitui ao legislador? Como dizer que o precedente é vinculante, e não a lei a que se refere o precedente no caso concreto?” (Streck, 2018, p. 349).

Esse dilema revela uma tensão estrutural: se, no *civil law*, a fonte primária do direito é a lei, como se justifica que uma tese fixada pelo Judiciário passe a vincular os demais órgãos judiciais com força superior à própria lei aplicada? A resposta não é simples. Exige uma reconstrução teórica que reconheça que o precedente, no modelo brasileiro, não substitui a lei, mas a interpreta dentro de um quadro de coerência constitucional, sem que isso implique uma transferência pura e simples da função legislativa para o Judiciário.

Por fim, Streck alerta para o risco de que, sob o pretexto da eficiência e da busca por segurança jurídica, se transforme o precedente em uma espécie de “lei judicial”, deslocando o centro de produção normativa do espaço democrático (o Legislativo) para o espaço jurisdicional. E questiona de forma contundente: “Como explicar, então, que, em uma democracia, uma lei não vincula..., mas uma tese vincula?” (Streck, 2018, p. 349).

Essa reflexão conduz à conclusão de que os precedentes, no modelo brasileiro, não podem ser tratados como teses gerais e abstratas, equivalentes à norma legislada. Tampouco se pode falar em um “sistema de precedentes” nos moldes do *common law*. O que há é um modelo *sui generis*, que exige constante vigilância hermenêutica, teórica e democrática, para que não se converta em instrumento de reprodução de poderes que escapem ao controle democrático e constitucional.

Nesse ponto, cabe reproduzir a conclusão dos professores Malta, Carvalho e Andrade:

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Desse modo, propõe-se a reflexão acerca da plena possibilidade de reconhecimento da existência de um sistema misto ou híbrido, no hodierno direito brasileiro, diante da existência de premissas que aglutinam os dois sistemas jurídicos, quais sejam: o *Civil Law* e o *Common Law*, em algo que representa um avanço para o estudo da Teoria do Direito e para a Teoria Geral do Processo (Malta; Carvalho; Andrade, 2019, p. 332).

3. O desafio hermenêutico dos precedentes

3.1 A hermenêutica dos precedentes e o ativismo normativo do CNJ: uma crítica necessária

O debate sobre precedentes no Direito brasileiro adquire contornos ainda mais complexos quando se observa o papel que vem sendo desempenhado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na normatização desse tema. A publicação da Recomendação n.º 134/2022, composta de 50 artigos, revela um fenômeno preocupante: a transformação de órgãos administrativos em verdadeiros legisladores, sem o devido crivo democrático, sem debate legislativo e, mais grave, sem a incidência dos mecanismos de controle próprio do processo legislativo, como sanções, vetos e controle popular (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

O CNJ, na prática, assumiu uma função normativa que transcende sua natureza administrativa e disciplinar, avançando na construção de obrigações e deveres para os magistrados quanto à gestão dos precedentes. Essa normatização não é trivial. Ela traduz uma tentativa de preencher, por via administrativa, as lacunas teóricas e metodológicas que permeiam o uso dos precedentes no Brasil.

No entanto, uma resolução administrativa jamais poderia descer a um nível de detalhamento normativo que sequer a legislação ordinária alcança. A pergunta que emerge, então, é profundamente incômoda: se nem o Poder Legislativo, no exercício regular de sua função, ousa produzir normas tão minuciosas e amplas, como

pode um órgão administrativo fazê-lo sem que isso configure um deslocamento indevido das funções constitucionais? (Streck, 2022).

Essa constatação leva a uma reflexão hermenêutica e democrática urgente. O problema não se resume a uma questão de competência formal, mas envolve o próprio sentido da produção do direito em uma democracia. A proliferação de atos normativos administrativos, com pretensão de regular de forma exaustiva a aplicação dos precedentes, revela uma tentativa de transformar a exceção — a vinculação a determinados entendimentos — em regra geral de funcionamento da jurisdição.

Do ponto de vista hermenêutico, o equívoco se agrava. Se, como já mencionado, o próprio precedente é um texto que demanda interpretação, como justificar a criação de uma “metanormatividade dos precedentes” — ou seja, uma normatização sobre como aplicar normas interpretativas? Aqui, observa-se um deslizamento perigoso: transfere-se a ilusão de controle da interpretação para um novo nível, como se fosse possível domesticar o fenômeno interpretativo, por meio de uma hipertrofia normativa.

Esse fenômeno, longe de garantir segurança jurídica, pode produzir exatamente o efeito contrário: ao tentar transformar a gestão dos precedentes em um procedimento quase burocrático, parametrizado por dezenas de comandos, corre-se o risco de esvaziar o espaço da interpretação qualificada, da análise do caso concreto e da ponderação constitucional.

Além disso, há evidente deslocamento das funções próprias do Legislativo para o Judiciário e seus órgãos auxiliares. Como bem alerta Streck, “[...] na democracia, uma lei *não* vincula e uma tese *vincula?*” (grifos no original). Esse paradoxo adquire aqui contornos ainda mais dramáticos: não apenas a tese do precedente vincula, mas agora também vincula a regulamentação administrativa do modo como os precedentes devem ser produzidos, organizados, divulgados e aplicados (Streck, 2022).

O resultado desse movimento é um sistema que aparenta ser estável e coerente, mas que, na verdade, mascara profundas fragilidades hermenêuticas e institucionais. Cria-se uma falsa promessa de segurança jurídica, sustentada por uma normatividade que não passa pelo debate democrático, que não se submete aos freios e contrapesos do processo legislativo, e que transforma a

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

atividade jurisdicional em um processo cada vez mais mecanizado, distante das exigências do caso concreto e da efetividade dos direitos fundamentais.

Portanto, mais do que uma questão técnica, o desafio hermenêutico dos precedentes no Brasil revela-se também como um desafio democrático. A obsessão pela normatização da gestão dos precedentes, materializada na Recomendação n.º 134/2022 do CNJ, evidencia uma crise não apenas de compreensão teórica, mas também de concepção sobre onde reside, de fato, o *locus* legítimo de produção do direito em um Estado Constitucional.

4. Crítica à padronização mecânica e à fetichização dos precedentes

A consolidação dos precedentes no Direito brasileiro tem sido frequentemente acompanhada de um risco que não pode ser subestimado: a sua transformação em dogmas jurídicos, aplicados de maneira mecânica, descolados da realidade dos casos concretos e da própria dinâmica do processo interpretativo. Esse fenômeno, que pode ser denominado de fetichização dos precedentes, revela-se quando se abandona a compreensão dos precedentes como práticas hermenêuticas dialogais e passa-se a tratá-los como comandos normativos rígidos, absolutos e, muitas vezes, infensos à crítica.

Essa deformação conceitual se expressa, com bastante frequência, na prática forense, especialmente na utilização de ementas e súmulas como substitutos da fundamentação judicial. Muitas vezes, juizes, tribunais e até advogados recorrem diretamente às ementas — meros resumos do julgamento — como se estas contivessem a totalidade da *ratio decidendi*. Desconsidera-se, assim, que a construção do precedente não se esgota na formulação da tese ou no dispositivo, mas decorre de todo o percurso argumentativo, que contextualiza, limita e dá sentido ao entendimento consolidado.

Esse vício reducionista é profundamente criticado pela hermenêutica filosófica, que compreende que nenhum texto — e, por conseguinte, nenhum precedente — possui um significado autoevidente. Todo precedente é, ele próprio, um texto que se abre à interpretação, que se constrói no diálogo entre o passado

(a decisão consolidada) e o presente (o caso concreto que demanda aplicação). Portanto, imaginar que súmulas, ementas ou teses possam operar como substitutos da atividade interpretativa significa não apenas um empobrecimento do raciocínio jurídico, mas, sobretudo, uma negação da própria natureza do direito como prática discursiva.

Nesse cenário, o precedente não pode, nem deve ser concebido como um atalho decisório, capaz de dispensar o raciocínio hermenêutico. Ao contrário, ele deve ser visto como um elemento dialógico e construtivo, que oferece ao intérprete um ponto de partida, uma referência argumentativa, mas jamais uma conclusão automática ou inquestionável. A aplicação do precedente requer a identificação precisa da *ratio decidendi*, a análise de sua compatibilidade com o caso concreto e, quando necessário, a utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) para adequá-lo às demandas da Justiça.

O grande desafio, portanto, está em equilibrar a necessidade de eficiência processual — frequentemente invocada como justificativa para a padronização decisória — com a preservação da integridade decisória, que exige que cada decisão seja fruto de um processo interpretativo rigoroso, transparente e comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. A busca por celeridade não pode justificar o abandono da reflexão, da escuta e da argumentação qualificada.

A tensão entre esses dois polos — eficiência e integridade — não se resolve por meio da imposição de modelos burocráticos de gestão dos precedentes. Ela só pode ser enfrentada por meio de uma mudança cultural profunda, que reconheça que o direito não é um sistema de respostas prontas, mas um campo de permanente construção de sentido, onde o precedente ocupa um lugar de destaque, mas nunca absoluto.

Portanto, o risco da padronização mecânica e da fetichização dos precedentes não reside apenas na sua capacidade de gerar decisões injustas ou desconectadas da realidade, mas também na sua aptidão para esvaziar a própria essência democrática do direito. Substituir o debate jurídico pela mera aplicação automática de teses significa abdicar do compromisso com a integridade, com a coerência e, sobretudo, com a justiça.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

5. Desafios e perspectivas para o sistema de precedentes no Brasil

A consolidação do sistema de precedentes no Brasil não se esgota na simples previsão normativa contida no Código de Processo Civil de 2015 ou nas resoluções administrativas dos órgãos do Poder Judiciário. Trata-se de um processo complexo, que demanda transformações culturais, institucionais e teóricas profundas no modo de compreender e aplicar o Direito.

5.1 A necessidade de formação de uma cultura jurídica dos precedentes

O primeiro grande desafio reside na formação de uma verdadeira cultura jurídica dos precedentes. Diferentemente do que ocorre no *common law*, onde a prática dos precedentes é resultado de séculos de construção histórica, no Brasil o sistema de precedentes foi inserido de forma abrupta e exógena, sem que houvesse uma preparação epistemológica e metodológica adequada.

Formar uma cultura dos precedentes não significa, contudo, importar de maneira acrítica os modelos anglo-saxões. Significa, antes, desenvolver uma compreensão própria, adequada à tradição do *civil law*, porém aberta às demandas contemporâneas de coerência, estabilidade e segurança jurídica.

Essa cultura exige que operadores do Direito — magistrados, advogados, membros do Ministério Público e defensores públicos — compreendam que a função dos precedentes vai muito além da repetição mecânica de teses. Trata-se de um compromisso com a integridade do direito, com a racionalidade argumentativa e, sobretudo, com a concretização dos direitos fundamentais.

A ausência de uma tradição consolidada de precedentes impõe desafios institucionais significativos. A começar pela formação dos magistrados, que, por décadas, foram preparados para atuar dentro de uma lógica legalista, centrada na aplicação quase exclusiva da lei.

As escolas de magistratura, assim como os cursos de graduação e pós-graduação em Direito, precisam, urgentemente, incorporar em seus currículos conteúdos que abordem não apenas os aspectos formais dos precedentes, mas também sua dimensão hermenêutica,

seus fundamentos filosóficos e suas técnicas específicas, como a identificação da *ratio decidendi*, o *distinguishing* e o *overruling*.

Além disso, as práticas forenses devem ser ajustadas para operar dentro desse novo paradigma. Isso implica mudanças na forma de redigir petições, elaborar pareceres, proferir sentenças e julgar recursos. A mentalidade jurídica precisa se afastar do formalismo excessivo e da busca por atalhos decisórios, abrindo espaço para uma prática comprometida com a argumentação qualificada e com a integridade do direito.

5.2 Como o uso adequado das técnicas de distinção e superação fortalece a segurança jurídica sem comprometer a dinâmica do direito

A aplicação cega dos precedentes é tão prejudicial quanto sua desconsideração arbitrária. É nesse ponto que as técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) desempenham papel absolutamente central.

Por meio da distinção, o julgador assegura que o precedente não seja aplicado em situações em que as diferenças fáticas ou jurídicas tornam sua incidência inadequada. Isso preserva a segurança jurídica, pois mantém a coerência do sistema, sem sacrificar a justiça do caso concreto. De forma mais técnica, pode-se observar o conceito elaborado por José Rogério Cruz e Tucci, que asseveram: “O *distinguishing* é um método de confronto pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ser ou não análogo ao paradigma” (Tucci, 2021, p.110).

Já a superação permite que entendimentos anteriormente consolidados sejam revisados quando se mostram incompatíveis com a evolução social, com transformações normativas ou com a leitura constitucional mais atualizada. Esse mecanismo assegura que a estabilidade não se converta em imobilismo, permitindo que o direito acompanhe as dinâmicas da sociedade. Em outras palavras, consiste no fenômeno de um precedente perder sua eficácia vinculativa e ser substituído por outro precedente, pois o tribunal, ao firmar um precedente, não pode ficar eternamente a ele vinculado, sob pena de operar-se uma fossilização da jurisprudência da corte (Freitas; Reis, s. d.).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Ambas as técnicas, quando utilizadas de forma criteriosa, fundamentada e transparente, servem não como exceções ao dever de coerência, mas como expressões sofisticadas da própria racionalidade do sistema de precedentes. Elas revelam que segurança jurídica não significa rigidez dogmática, mas, sim, estabilidade qualificada, capaz de dialogar com as transformações do mundo e com as exigências de justiça.

5.3 Perspectivas futuras: entre desafios e possibilidades

O futuro do sistema de precedentes no Brasil dependerá, em grande medida, da capacidade das instituições jurídicas de compreender que os precedentes não são atalhos decisórios, mas práticas interpretativas sofisticadas, inseridas no horizonte do Estado Constitucional.

Superar a cultura da decisão isolada, do personalismo judicial e da jurisprudência instável exige comprometimento com uma visão hermenêutica, democrática e responsável do Direito.

O grande desafio é, portanto, construir um sistema de precedentes que fortaleça a segurança jurídica sem abrir mão da sensibilidade hermenêutica e da proteção dos direitos fundamentais — um sistema que não seja nem uma cópia do *common law*, nem um simulacro burocrático de vinculação abstrata, mas, sim, uma construção genuinamente alinhada com os princípios da Constituição brasileira.

Conclusão

A adoção de precedentes como fonte formal do Direito no Brasil tem sido um dos temas mais debatidos na dogmática processual, desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. A previsão normativa do artigo 927 do CPC/2015 inaugurou um debate robusto sobre a natureza, a função e os limites dos precedentes no Brasil. Embora o CPC tenha consagrado a observância obrigatória de determinadas decisões judiciais, a questão central que se coloca é se tal movimento é compatível com as bases do sistema jurídico brasileiro, tradicionalmente vinculado ao *civil law*.

O legislador processual, inspirado no modelo do *common law*, introduziu a obrigação de observância de determinados julgados dos tribunais superiores, sob a justificativa de promover maior

segurança jurídica, coerência e estabilidade no sistema. Contudo, a base do que se convencionou chamar de “precedentes” no Brasil suscita questionamentos sobre sua real semelhança com o *common law* e o motivo pelo qual se busca importar componentes desse sistema.

A realidade brasileira revela uma distinção fundamental em relação ao modelo anglo-saxão. Enquanto no *common law* os precedentes se constroem a partir da identificação da *ratio decidendi* pelos tribunais subsequentes, no Brasil observa-se a tendência de transformar as teses fixadas pelos tribunais em comandos normativos abstratos, quase legislativos. Essa característica leva a questionar se temos precedentes “à la *common law*” ou um sistema *sui generis*.

Esse fenômeno suscita profundas reflexões sobre sua legitimidade democrática e sua adequação à própria lógica hermenêutica do Direito. Se a base não é o *common law*, mas um sistema brasileiro de precedentes, surge a indagação de como explicar que o Poder Judiciário poderia substituir ao legislador. Questiona-se como pode o precedente ser vinculante, e não a lei a que se refere o precedente no caso concreto. Além disso, a busca por uma solução para o problema da interpretação, por meio dos precedentes, é desafiada pelo fato de que um precedente também é um texto a ser interpretado. Como pode, então, o precedentalismo pretender justificar a tese de que é possível dizer que o texto legal possui equivocidade, e que o Judiciário dará o sentido correto, a partir de uma pré-interpretação, que depois será vinculante para o sistema?

A necessidade de compreender, de maneira crítica e aprofundada, a pertinência desse instituto, no contexto brasileiro, é premente. Isso se torna ainda mais relevante à luz da hermenêutica filosófica, que problematiza a busca por verdades pré-concebidas e a ilusão de completude normativa. O debate sobre a natureza, a função e os limites dos precedentes no Brasil permanece, portanto, central para a dogmática processual, demandando uma análise que vá além da mera adoção formal e explore suas implicações teóricas e práticas em um sistema *civil law*.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Referências

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 20 jun. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022: dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5232>. Acesso em: 19 jun. 2025.

FREITAS, Bruno Salvador de; REIS, Sergio Cabral dos. A teoria dos precedentes e a releitura da promoção do *distinguishing* e do *overruling* como um direito fundamental processual. In: publicadireito.com.br. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=0fc591c46a8bf39d>. Acesso em: 20 jun. 2025.

MALTA, Nigel Stewart Neves Patriota; CARVALHO, Mayssa Pinheiro de; ANDRADE, Ivana Attanasio. A formação do Common Law e Civil Law: reflexões sobre os precedentes vinculantes e o sistema jurídico brasileiro. In: IV Encontro de Pesquisas Judiciárias da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, 4., 2019, Alagoas. *Anais [...]*. Alagoas: Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas, 2019. Disponível em: <https://enjejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/472/072>. Acesso em: 20 jun. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte: Letramento Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Precisamos falar sobre os precedentes à brasileira. In: *Consultor Jurídico - CONJUR*, 15 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-15/observatorio-constitucional-precisamos-falar-precedentes-brasileira/#:~:text=Precisamos%20falar%20sobre%20os%20precedentes%20%C3%A0%20brasileira>. Acesso em: 20 jun. 2025.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2021.

Doutrina
Direito Privado

20 anos da Lei 11.101/2005 e suas alterações na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹

20 years of law 11.101/2005 and its impact on the case law of the Brazilian Superior Court of Justice

RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA² 

ÉRICA RAMOS VENOSA MAZZOLA³ 

Resumo

O presente trabalho analisa os 20 anos de vigência da Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), concretamente aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ),

1 Publicado originalmente em: GUIMARÃES, Márcio Souza; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). *20 Anos da Lei de Falências e Recuperação de Empresas: à luz da jurisprudência do STJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2025.

2 Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde 2011. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Harvard Law School (EUA). Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, na Alemanha. Ex-procurador do Estado de São Paulo. Ex-procurador da Fazenda Nacional. Ex-membro do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE).

Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-2084-7532>

3 Analista Judiciária do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Assessora do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-9765-3084>

e o seu impacto na jurisprudência e na consolidação do sistema de recuperação judicial e falimentar brasileiro. Para tanto, a pesquisa utiliza como método o documental dogmático e empírico, analisando a legislação aplicável e a jurisprudência do STJ, formada ao longo do período de vigência da Lei nº 11.101/2005, com especial atenção às decisões proferidas antes e após as alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020. O artigo aborda institutos como a classificação de créditos, garantias, *stay period* e a recuperação de grupos econômicos, analisando decisões paradigmáticas que evidenciam a complexidade crescente dos processos de insolvência e a necessidade de interpretação sistemática da legislação pertinente ao tema.

Palavras-chave: insolvência; recuperação da empresa; recuperação judicial; falência.

Abstract

This paper examines the twenty-year period of effectiveness of Brazilian Law No. 11,101/2005 (the Brazilian Corporate Reorganization and Bankruptcy Act), as applied in practice by the Superior Court of Justice (STJ), and its impact on case law and on the consolidation of Brazil's judicial reorganization and bankruptcy system. The study adopts a documentary, dogmatic, and empirical methodology, analyzing the applicable statutory framework and the jurisprudence developed by the STJ throughout the period of validity of Law No. 11,101/2005, with particular attention to decisions rendered before and after the amendments introduced by Law No. 14,112/2020. The article addresses legal institutions such as claims classification, security interests, the stay period, and the reorganization of corporate groups, examining landmark decisions that highlight the increasing complexity of insolvency proceedings and the need for a systematic interpretation of the legal regime relevant to the subject matter.

Keywords: insolvency; corporate recovery; reorganization under bankruptcy law; bankruptcy.

Introdução

Decorridos 20 anos de vigência da Lei n.º 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), é inequívoco o papel decisivo do Superior Tribunal de Justiça na definição dos nortes interpretativos de suas regras originárias e dos novos desafios apresentados por situações não previstas pelo legislador, bem como das modificações trazidas pela Lei n.º 14.112/2020.

Diversas questões surgiram com a aplicação da lei que alterou substancialmente o Decreto-Lei n.º 7.661/1945, a qual trouxe uma nova lógica para os processos de insolvência, agora centralizada na preservação da empresa, diante de sua função social.

Diferentes institutos como o *stay period*, a novação no âmbito da recuperação judicial, a recuperação de grupos econômicos, o período de fiscalização judicial, o financiamento das empresas em crise, o papel da Fazenda Pública, entre outros, demandaram a fixação de seus contornos.

O Superior Tribunal de Justiça não se furtou a essas exigências, como é possível constatar pela análise da jurisprudência construída ao longo desses 20 anos.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça antes da Lei n.º 14.112/2020

A novação *sui generis* foi uma das primeiras inovações legais a reclamar definição, ficando estabelecido no julgamento do REsp n.º 1.326.888/RS⁴, ainda em 2014, que

[...] não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei n.º 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação judicial e a aprovação do plano.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

4 Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 08/04/2014.

O entendimento ganhou definitividade com seu julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, sendo firmada a seguinte tese:

A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n.º 11.101/2005 (Tema n.º 885)⁵.

A preocupação com a preservação das garantias continuou no julgamento do REsp n.º 1.794.209/SP⁶ perante a Segunda Seção, ficando consignado que a anuência do titular da garantia é indispensável na hipótese de o plano de recuperação judicial prever sua supressão ou substituição.

Ainda mais uma vez, agora sob a roupagem de suspensão das garantias, a Corte se pronunciou, no sentido de ser indispensável a anuência do titular para afastar a possibilidade de exigência da garantia⁷.

Outra questão que impactava diretamente as recuperações judiciais era a definição do que deveria ser considerado como “crédito existente na data do pedido”, diferenciando-se os créditos concursais dos extraconcursais, tema apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, sendo oportuno mencionar a tese firmada: “Para o fim de submissão aos efeitos da recuperação judicial, considera-se que a existência do crédito é determinada pela data em que ocorreu o seu fato gerador.” (Tema n.º 1.051)⁸.

5 Cf. REsp n.º 1.333.349/SP, Segunda Seção, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 26/11/2014.

6 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/05/2021.

7 Cf. REsp n.º 2.059.464/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/11/2023.

8 Cf. REsp n.º 1.840.531/RS, Segunda Seção, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 17/12/2020.

Inúmeros recursos de credores chegam ao STJ todos os dias, discutindo aspectos econômicos do plano de recuperação judicial, relacionados diretamente com a viabilidade da empresa. No enfrentamento dessa questão, a jurisprudência consolidou-se, no sentido de que a matéria é de competência exclusiva da Assembleia Geral de Credores⁹.

Assim, índices de correção monetária, de juros, percentual de deságio e prazo para pagamento são questões que serão examinadas e decididas pelos credores.

No que respeita ao período de suspensão das execuções contra o devedor em recuperação (*stay period*), entendeu-se em um primeiro momento que poderia ser prorrogado pelo juiz, a depender das circunstâncias do caso concreto. Ademais, registrou-se que o prazo de suspensão deveria ser contado em dias corridos¹⁰.

Conforme determinação legal, durante o período de suspensão, os credores extraconcursais não podem retomar os bens de capital essenciais à atividade empresarial do devedor. Instalou-se, em razão disso, acirrada discussão acerca do que deveria ser entendido como bem de capital, para o fim do artigo 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/2005, principalmente frente aos prejuízos experimentados pelos credores com garantia fiduciária, diante da subjetividade com que o tema vinha sendo tratado.

No julgamento do REsp n.º 1.758.746/GO¹¹, ficou delimitado que o termo “bem de capital” se refere a um bem corpóreo, móvel ou imóvel, utilizado no processo produtivo da empresa recuperanda e que se encontre na sua posse, afastando-se dessa conceituação, portanto, dinheiro e créditos cedidos fiduciariamente.

Em relação à garantia fiduciária, várias outras delimitações foram necessárias para a aplicação do disposto no artigo 49, § 3º, da Lei n.º 11.101/2005, como o fato de a extraconcursalidade do crédito estar limitada ao valor do bem dado em garantia (REsp

9 Cf. REsp n.º 1.631.762/SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andriighi, julgado em 25/06/2018.

10 Cf. REsp n.º 1.698.283/GO, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21/05/2019.

11 Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 01/10/2018.

n.º 1.933.995/SP¹² e Conflito de Competência (CC) n.º 128.194/GO¹³), a desnecessidade de registro da cessão fiduciária de título de crédito no cartório de títulos e documentos para sua constituição (REsp n.º 1.629.470/MS¹⁴), bem como o fato de o bem alienado fiduciariamente não integrar o acervo patrimonial da devedora, mas de terceiro, e não ter como consequência o afastamento da extraconcursalidade (REsp n.º 1.549.529/SP¹⁵).

Uma outra questão que foi se apresentando, aos poucos, com a vigência da Lei n.º 11.101/2005, foi a recuperação de grupos societários. O legislador regulou somente o soerguimento de empresas singulares, porém, os grupos passaram a se valer do mecanismo da recuperação judicial, exigindo da jurisprudência que desenhasses seus traços.

A primeira dúvida que precisou ser enfrentada foi definir o juízo competente para o pedido de recuperação judicial de grupo societário. Destaca-se o julgamento do CC n.º 146.579/MG¹⁶, no qual foi fixado que a sede da sociedade que, dentre as demais, realizava o maior número de negócios e movimentava o maior número de ativos, seria o local onde deveria tramitar a recuperação judicial do grupo.

Ademais, valendo-se do instituto do litisconsórcio ativo, foi objeto de análise a indagação acerca da necessidade de todas as sociedades do grupo cumprirem o requisito temporal de 2 anos de atividade para o pedido de recuperação judicial, concluindo-se que, “[...] em se tratando de grupo econômico, cada sociedade empresária deve demonstrar o requisito temporal de 2 (dois) anos¹⁷”.

Igualmente a forma de contagem dos votos na hipótese de apresentação de plano único por grupo societário foi abordada no

12 Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 25/11/2021.

13 Segunda Seção, Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 01/08/2017.

14 Segunda Seção, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 17/12/2021

15 Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 28/10/2016.

16 Segunda Seção, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11/11/2016.

17 Cf. REsp n.º 1.665.042/RS, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/06/2019.

juízo de julgamento do REsp n.º 1.626.184/MT¹⁸, não se admitindo a aprovação do plano com a contagem em dobro dos votos favoráveis, sob o argumento de que os credores detinham créditos perante duas empresas.

A possibilidade de criação de subclasses de credores no plano de recuperação judicial foi questão que chegou ao STJ em diversos recursos. De fato, verificou-se a tendência das sociedades em recuperação, diante da necessidade de incentivar os credores a continuar a lhes fornecer insumos, e de criar melhores condições para o pagamento dos fornecedores, o que se entendeu possível no julgamento do REsp n.º 1.634.844/SP¹⁹, desde que fosse estabelecido um critério objetivo, justificado no plano de recuperação judicial, abrangendo credores com interesses homogêneos, e ficando vedada a estipulação de descontos que implicassem anulação dos direitos de eventuais credores isolados ou minoritários.

Outra situação que mereceu a atenção do STJ foram os requisitos necessários para o deferimento da recuperação judicial do produtor rural, especialmente no tocante à necessidade de registro na Junta Comercial, e de comprovação do exercício regular da atividade por mais de dois anos, prevalecendo o entendimento de que a constituição do empresário rural se dá a partir do exercício profissional da atividade econômica rural organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, sendo irrelevante, à sua caracterização, a efetivação de sua inscrição na Junta Comercial. Esse entendimento consolidou-se com o julgamento do REsp n.º 1.905.573/MT, sob o rito dos repetitivos (Tema n.º 1.145)²⁰.

2. A jurisprudência a partir da edição da Lei nº 14.112/2020

As alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020 incorporaram, em alguns pontos, entendimentos acolhidos pela jurisprudência e, em outros, introduziu inovações que novamente mereceram atenção do Superior Tribunal de Justiça.

18 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 01/09/2020.

19 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/03/2019.

20 Segunda Seção, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 22/06/2022.

Observa-se que o princípio da preservação da empresa aplicado, inicialmente, quase como absoluto pela jurisprudência do STJ, passou a receber uma interpretação mais equilibrada.

Com a edição da Lei n.º 14.112/2020, novas medidas facilitadoras do equacionamento das dívidas fiscais impulsionaram a jurisprudência a rever o entendimento de que não era necessária a apresentação das certidões negativas de débitos fiscais para a concessão da recuperação judicial.

No julgamento do REsp n.º 2.053.240/SP²¹, firmou-se a tese de que:

Não se afigura mais possível, a pretexto da aplicação dos princípios da função social e da preservação da empresa vinculados no art. 47 da LREF, dispensar a apresentação de certidões negativas de débitos fiscais (ou de certidões positivas, com efeito de negativas), expressamente exigidas pelo art. 57 do mesmo veículo normativo, sobretudo após a implementação, por lei especial, de um programa legal de parcelamento factível, que se mostrou indispensável a sua efetividade e ao atendimento a tais princípios.

Outra significativa alteração na jurisprudência até então construída com a entrada em vigor da Lei n.º 14.112/2020, foi no sentido de que a competência do juízo da recuperação judicial para sobrestar a penhora de bens classificados como essenciais à manutenção da atividade empresarial se limita ao período de blindagem (*stay*). Após esse período, aprovado o plano de recuperação judicial, é indispensável que o credor extraconcursal tenha o seu crédito adimplido²².

Vale lembrar, também, que, diante do novo regramento trazido pela Lei n.º 14.112/2020, entendeu-se não ser mais possível prorrogar o *stay period* após a fluência do prazo máximo de blindagem, de até 360 dias, estabelecendo como única exceção a vontade dos credores²³.

21 Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/10/2023.

22 Cf. CC n.º 191.533/MT, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/04/2024.

23 REsp n.º 1.991.103/MT, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 13/04/2023.

Ainda que a Lei n.º 14.112/2020 não tenha tratado do tema, chegou ao STJ a discussão acerca da legitimidade das fundações de direito privado para o pedido de recuperação judicial, concluindo-se, no julgamento dos REsp n.º 2.026.250/MG, 2.036.410/MG e 2.038.048/MG²⁴, como um dos fundamentos, justamente o silêncio da lei nova, pela sua ausência. Por outro lado, no julgamento do REsp n.º 2.183.714/SP²⁵, concluiu-se, diante da inclusão do artigo 6º, § 13, na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF), pela legitimidade das cooperativas médicas para o pedido de recuperação judicial.

Em relação ao mesmo § 13 do artigo 6º da LREF, introduzido pela Lei n.º 14.112/2020, ficou assentado, no julgamento do REsp n.º 2.091.441/SP²⁶, que o ato de concessão de crédito realizado entre a cooperativa de crédito e seu associado deve ser considerado como ato cooperativo e, portanto, não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial.

Com a nova redação dada ao artigo 61 da LREF, encerrou-se a discussão, tanto acerca da possibilidade de encerramento da recuperação judicial antes do decurso do biênio de supervisão, quanto do termo inicial da supervisão judicial nos casos em que o plano trouxe previsão de carência para início de seu cumprimento. Conforme consignado no julgamento do REsp n.º 2.181.080/RJ, o legislador tornou claro que a *ratio* do dispositivo é que cabe aos credores decidir acerca do período de fiscalização, podendo até mesmo renunciar a ele, o que ocorrerá no momento em que aprovarem o prazo de carência²⁷.

Vale mencionar que, no julgamento do REsp n.º 1.794.209/SP²⁸, fez-se menção ao financiamento DIP (Debtor-in-Possession Financing), destacando-se a introdução pela Lei n.º 14.112/2020 de uma nova seção na LREF, especificamente para incentivar a entrada de dinheiro novo para o soerguimento das atividades em recuperação.

24 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgados em 04/10/2024.

25 Quarta Turma, Relator Ministro Marco Buzzi, julgado em 13/06/2025.

26 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 28/05/2025.

27 Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 15/04/2025.

28 Segunda Seção, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 29/06/2021.

Já no âmbito das falências, diante da introdução do artigo 81-A da Lei n.º 11.101/2005 pela lei nova, fixou-se a interpretação de que o dispositivo não tem como objetivo estabelecer a competência exclusiva do juízo da falência para determinar a desconconsideração da personalidade jurídica da falida, mas, nesse caso, deverá observar os requisitos do artigo 50 do Código Civil, e 133 e seguintes do Código de Processo Civil²⁹.

Também foi objeto de preocupação a classificação dos créditos decorrentes de débitos condominiais na falência, registrando-se que:

- (i) na hipótese de a recuperação judicial ser convalidada em falência, os créditos condominiais que estavam habilitados na recuperação judicial (concurrais) serão considerados débitos do falido e, portanto, serão pagos na falência de acordo com o artigo 83 da LREF;
- (ii) os débitos condominiais vencidos após o pedido de recuperação judicial serão considerados créditos extraconcursais na falência, por força do disposto nos artigos 67 e 84, I-E, da LREF, e
- (iii) os débitos condominiais vencidos após o decreto falimentar, dívidas da massa falida e não do falido, serão considerados créditos extraconcursais, conforme o disposto no artigo 84, III, da LREF³⁰.

Ainda em relação à classificação dos créditos na falência, concluiu-se que os créditos do Fundo Garantidor de Créditos (FGC), decorrentes da função prevista no inciso I do artigo 2º, do Anexo I, da Resolução Bacen n.º 4.668/2018, isto é, oriundos da sub-rogação em relação aos credores originários da instituição falida, devem ser classificados como quirografários, em posição de igualdade com os de seus antecessores³¹.

29 Cf. CC n.º 200.775/SP, Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira, julgado em 11/09/2024.

30 Cf. REsp n.º 2.189.141/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/06/2025.

31 Cf. REsp n.º 1.867.409/SP, Quarta Turma, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 27/03/2025.

Na interpretação do artigo 94, III, “g”, da Lei n.º 11.101/2005, que não autoriza o depósito elisivo para a hipótese de pedido de falência fundado em descumprimento de obrigação constante do plano de recuperação judicial, prevaleceu o entendimento de que se a obrigação descumprida for de natureza pecuniária, é possível a realização do depósito, evitando-se o decreto falimentar³².

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Considerações finais

Os 20 anos de vigência da Lei 11.101/2005 revelam uma trajetória marcada por avanços significativos na construção de um direito da insolvência mais funcional e adequado às demandas da economia contemporânea. A reforma promovida pela Lei 14.112/2020 reforçou essa evolução, abrindo novos caminhos para a reestruturação de empresas em crise e para a racionalização dos procedimentos falimentares.

Nesse período, o Superior Tribunal de Justiça tem desempenhado papel central, não apenas na uniformização da interpretação da lei federal, mas também na estabilização das expectativas dos agentes econômicos. Ao fixar precedentes claros e consistentes, o Tribunal tem contribuído decisivamente para a criação de um ambiente de negócios mais previsível e confiável. A previsibilidade e a calculabilidade na aplicação do direito são elementos indispensáveis para a segurança jurídica, que, por sua vez, constitui vetor essencial de desenvolvimento econômico.

Apesar das dificuldades ainda existentes e dos inúmeros desafios que se apresentam, é inegável que o direito da insolvência brasileiro evoluiu de maneira expressiva, ao longo dessas duas décadas. O sistema de Justiça, no últimos 20 anos, com a criação de varas e câmaras especializadas em alguns tribunais de destaque, como São Paulo e Rio de Janeiro, ganhou capacidade de adaptação às mudanças legislativas e às novas realidades do mercado, o que acabou também por permitir que questões relevantes subam à apreciação do STJ mais rapidamente, em reforço de seu protagonismo na consolidação de um sistema que

32 Cf. REsp n.º 2.186.055/PR, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 28/05/2025.

concilie eficiência econômica, proteção de interesses legítimos e preservação da função social da empresa.

Assim, pode-se afirmar que o futuro do direito da insolvência no Brasil depende, em larga medida, da continuidade desse diálogo entre legislador, intérpretes e agentes econômicos, com o STJ ocupando o papel que lhe é próprio: o de garantidor da unidade, da segurança e da racionalidade do sistema jurídico, em benefício do desenvolvimento sustentável da economia e da sociedade.

Reflexões acerca da posse como direito subjetivo real na Era Hipermoderna e seus consectários

Reflections on possession as a real subjective right in the Hypermodern Era and its juridical consequencens

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA¹ 

Resumo

A natureza jurídica da posse constitui tema relevante no debate teórico do direito privado, com tendência, nos dias coevos, a considerá-la como direito real, e não um poder de fato, haja vista o olvido, por parte de doutrinadores, do seu posicionamento na Codificação Civil, tanto de 1916 quanto de 2002, e dos seus consectários, elencados não só no Estatuto Civilístico vigente como também na Carta da República e na legislação extravagante. Respeitáveis civilistas que consideram a posse como poder de fato, hoje em minoria, adotam teorias — que tentam consagrar sua natureza jurídica — como fontes de investigação, olvidando que

1 Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), decano e ex-vice-diretor. Bacharel em Direito pela UFF. Bacharel em Ciências Administrativas pela Sociedade Universitária Augusto Motta (UNISUAM). Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da UFF. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Pós-doutor em Direito pela UMSA. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN) da UFF.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-5407-1850>

as legislações codificadas encartam a posse no título “Do Direito das Coisas” e reconhecem seus multifários efeitos, próprios de um verdadeiro direito, e não de poder de fato ou de relação de poder, como algumas legislações estrangeiras admitem. Portanto, faz-se mister que o civilista, desde logo, aceite o fato de ter sido conferido à posse o *status* de único direito das coisas, vanguardista, que em verdade apresenta o mesmo conteúdo dos direitos reais, considerando o poder de inflexão e de soberania do titular sobre o bem. O doutrinador não deve ficar adstrito a antigas teorias da Era Moderna, que não condizem com a verdadeira essência jurídica da posse, na Era Hipermoderna, cuja natureza é de direito subjetivo real (provisório), ainda mais quando leis atuais, transmutando o panorama de então, admitem o registro imobiliário de duas das suas espécies.

Palavras-chave: posse; fruição; natureza jurídica; encarte no Direito das Coisas; essência de poder soberano sobre o bem.

Abstract

The legal nature of possession constitutes a significant issue within the theoretical debate of private law, nowadays shown a growing tendency to regard possession as a real right rather than a factual power, largely due to the neglect, by many scholars, of its systematic placement within both the 1916 and 2002 Civil Codes, as well as of its legal consequences established not only in the current Civil Statute but also in the Federal Constitution and in special legislation. Distinguished civil law scholars who still conceive possession as a factual power, now a minority, adopt theoretical frameworks — that attempt to define its legal nature — as an investigative tool, overlooking that codified legal systems have consistently included possession under the title “Property Law” (“Do Direito das Coisas”) and recognize its manifold effects, proper to a genuine right rather than to a factual power or a relation of power, as admitted in some foreign jurisdictions. Therefore, it is essential that the civil law scholar recognizes that possession has been granted the status of a unique and avant-garde real right, which in fact shares the same substantive content as other property rights, in so far as it expresses the power

of inflection and sovereignty by the holder over the objects. Scholars should not remain bound to out dated theories of the Modern Era, which fail to capture the true juridical essence of possession in the Hypermodern Era, whose nature is that of a (provisional) subjective real right – all the more so as current legislation, transforming the previous legal landscape, now admits the registration of two of its forms in real estate records.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Keywords: possession; fruition; legal nature; inclusion within Property Law; essence of sovereign power over the objects.

Introdução

O presente texto procede a uma análise da posse como direito subjetivo real na Era Hipermoderna e de seus efeitos materiais e processuais. Parte do enfoque sobre os elementos constitutivos dos direitos reais, as relações jurídicas que os integram e seus atributos, com o objetivo de emoldurar a posse como direito subjetivo real provisório. Aborda as teorias mais exponenciais acerca do tema, objetivando apresentar um conceito que se ajuste à sua natureza jurídica, sem deixar de levar em conta suas características, considerando de nenhum resultado prático a antiga discussão se a posse é um poder de fato ou se traduz em direito. Prossegue com apresentação das suas multifárias espécies, duas delas que, na evolução do direito, contam com registro, inovando com a hierarquização de sete delas, no estudo da sua graduação. Acentua os modos de aquisição e a perda da posse. Exalta seus cinco consectários, comentando as duas espécies de defesa extrajudicial; o direito à percepção dos frutos; à indenização por acessões e benfeitorias e o direito de retenção; a prescrição constitutiva; e o direito de propor as ações possessórias, destacando as puras e impuras, além de breves aspectos processuais. Nas considerações finais o estudo consagra que a posse não é uma relação de fato ou de poder, como parte dos civilistas sustenta, e sim um direito subjetivo real, mesmo provisório, haja vista o poder de inflexão exercido pela pessoa titular, com imposição do dever geral de abstenção pelos demais indivíduos participativos da sociedade.

>>|

<< Sumário

1. Disposições gerais acerca dos direitos reais

O posicionamento da posse no Código Civil justifica a apresentação de disposições gerais acerca dos direitos reais para, desde logo, inculcar no leitor a convicção da sua natureza jurídica, relevância e seus consecutários. O Código Bevilacqua, de 1916, considerava a posse como Direito das Coisas, e o Código Reale, de 2002, também a considera assim. Ambos distinguem a posse como único direito das coisas, não a enquadrando como direito real. No entanto, não se pode comungar com essa distinção. Direito das Coisas e Direitos Reais integram o mesmo ramo do Direito Civil, que diz respeito à relação pessoa-bem, tanto é que os civilistas intitulam suas obras doutrinárias ora como Direitos Reais, ora como Direito das Coisas.

A impropriedade legislativa do ordenamento civilístico vigente se acentua ao ostentar no art. 1.225 o rol dos direitos reais que considera exaustivo, quando se sabe que é meramente exemplificativo. Assim, *verbi gratia*, no tocante à enfiteuse, ainda vigoram os arts. 678 e ss. do Código Civil de 1916, *ex vi* do art. 2.038 do Código Civil de 2002. Do rol do sobredito art. 1.225 não consta a cessão fiduciária, regulada pelos seguintes preceptivos legais: 22 e 23 da Lei n.º 4.864/1965, e 43, § único, do Decreto-Lei n.º 70/1966; 17, II, e 18, da Lei n.º 9.514/1997; 17, IV, 22 e ss. (alienação fiduciária sobre imóveis) desse mesmo diploma legal, *id est*, a Lei n.º 9.514/1997, e também sobre coisas móveis, tratada no art. 1.361 do CC/2002, não encartada entre os direitos reais de garantia, e sim no Capítulo IX, com o *nomem jûris* “propriedade fiduciária”.

Os direitos reais ou direitos das coisas são compostos por três elementos: a) o sujeito ativo ou titular; b) o bem, objeto do direito; e c) a relação jurídica e direta que se estabelece entre o titular e o bem. A titularidade do direito é atribuída à pessoa física ou jurídica. O bem pode ser móvel ou imóvel. Sobre este recai a maioria dos direitos reais. A relação jurídica pode ser efetiva, imediata ou real, constatada pelo contato direto com o bem, ou mediata por ficção. Esta se verifica por um liame indissolúvel e imaterial que é mantido enquanto a pessoa física ou jurídica estiver investida na titularidade do direito real, ainda que o bem não se encontre debaixo das suas mãos.

A relação jurídica presente nos direitos reais se subdivide em: interna, principal ou imediata, e externa, secundária ou mediata.

Ambas as relações jurídicas são compostas por poderes. A relação jurídica principal ou interna se caracteriza pelos poderes de inflexão, sequela e soberania. A relação secundária ou externa se caracteriza pelo poder *erga omnes* e de imposição de obrigações ao sujeito passivo determinado, quando for possível estipular.

Na relação interna ou principal, destaca-se a inflexão, o poder que se forma entre o sujeito ativo ou titular e o bem. É um poder imediato e real que vincula este àquele, permitindo o exercício de um conjunto de atos materiais que o titular do direito real direciona à coisa, conservando-a, de modo a usá-la e fruí-la. Esse poder se desdobra em mais dois: perseguir e reivindicar o bem, vale dizer, o poder de sequela ou *persecutio* e de sua recuperação (*restitutio* ou *reivindicatio*).

No exercício do poder de sequela o titular do direito real fica autorizado a pleitear a restituição da coisa toda vez que outrem injustamente a possua ou detenha, judicialmente, por meio das ações que são postas à sua disposição (reintegração, imissão de posse, busca e apreensão e reivindicação) e extrajudicialmente, quando a lei permite, como ocorre com a legítima defesa e o desforço imediato. A *persecutio* é o poder que serve de lastro para o titular fundamentar a pretensão de — fazendo valer o direito real — reaver, se investir ou recuperar o bem a ele vinculado.

O art. 1.882 do Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994/2014, conceitua o direito real como “[...] *el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código*”. Prossequindo, o Código Lorenzetti ratifica o que pode ser considerado direito real, dispondo no art. 1886 que o direito real “[...] *atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente*”. Ditos preceptivos legais — tais como implicitamente ocorre com as normas que regem os direitos reais, no caso brasileiro — referem-se aos poderes de inflexão e de sequela exercidos pelo titular sobre o bem, poderes estes que não são encontrados em qualquer outro direito constante do Código Civil ou das leis extravagantes que integram o Direito Civil ou os demais ramos do direito privado.

A soberania dos direitos reais se traduz no seu poder absoluto sobre o bem, de grande amplitude de exercício pelo seu titular, o que não caracteriza qualquer outro direito integrante do direito privado ao se proceder ao cotejo com os direitos obrigacionais e contratuais. Quando o direito não se emoldura entre os reais, seu titular, em regra, não porfia por sua conservação, simplesmente o exerce para vê-lo cumprido, tendo interesse na sua extinção. Ele não dispõe de poder de uso ou fruição, nem pode perseguir a coisa.

Na relação externa ou secundária, destaca-se o poder *erga omnes*, vale dizer, o poder de impor a todos o direito real. Trata-se do reconhecimento público, vale dizer, do dever de todos os indivíduos participativos da sociedade de se absterem do exercício de direito sobre o bem do titular do direito real. Enquanto os direitos pessoais ou obrigacionais se desenvolvem entre os sujeitos ativo e passivo, exclusivamente, os reais são chamados de absolutos. Significa dizer que todas as pessoas da localidade onde se situa o bem — e também as afastadas — devem se abster de exercer atos materiais sobre ele, com respeito absoluto ao direito do titular do direito real, ficando submetidas a suportar os efeitos da decisão judicial ou das consequências extrajudiciais que lhes podem ser direcionadas.

O poder de imposição de obrigações ao sujeito passivo, ínsito aos direitos reais sobre coisa alheia, só se verifica quando o titular do direito de propriedade com aquele convencionou outro direito real de menor envergadura jurídica, tal como a superfície. Decorre da relação jurídica que se forma entre o titular deste e do direito real constituído pelo negócio jurídico, no permissivo do princípio da elasticidade do domínio, o que não é admitido na posse que, em regra, não conta com transcrição no registro imobiliário.

No que diz respeito à sua utilidade, os direitos reais são considerados absolutos, porque proporcionam ao seu titular os benefícios do uso e da fruição. Esse caráter absoluto provém do poder de inflexão, que é um dos atributos dos direitos reais. Alguns destes possibilitam o direito de transferência do seu exercício para terceira pessoa, onerosa ou gratuitamente, como ocorre com a posse, a propriedade, a enfiteuse, a superfície, o direito do promissário comprador (direito real de aquisição), a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso.

Dizer que o direito real é absoluto não significa afirmar que o seu exercício é ilimitado. O que se vislumbra é uma amplitude maior do exercício de direitos a ele inerentes, que não são encontrados nos direitos obrigacionais ou pessoais. É o que foi dito sobre a soberania. Demais disso, em razão da sua natureza, os direitos reais são duradouros.

A fruição não é direito comum aos direitos pessoais; nem o poder de transmitir o exercício do direito real. Os direitos obrigacionais e pessoais limitam-se, *exempli gratia*, a valores que devem ser satisfeitos, ou seja, pagos e recebidos, como o crédito e o direito à pensão alimentícia. Os negócios jurídicos de índole pessoal são restritos ao benefício ou ao uso não muito duradouro do bem. Isto pode ser constatado quando se analisa o conteúdo da fiança, promessa de recompensa, gestão de negócio, comodato, locação, mútuo, transporte, condução gratuita, cessão de crédito, transação, arbitragem, mediação e tantos outros.

O Código Reale, malgrado editado na Era Hipermoderna— em que “tudo se passa como se estivéssemos ido da era do *pós* para a era do *hiper*”, na qual “nasce uma nova sociedade moderna”, como diz Lipovetsky (2007, p. 56)—, reproduziu o art. 676 do Código Bevilacqua, mantendo, no art. 1.227, o critério seletivo para considerar direito real sobre bem imóvel o que advier de título submetido ao registro imobiliário. A regra, contudo, comporta a exceção, que é a posse jurídica, quando exercida com independência e, em regra, *animus domini*, ainda mais quando, na Era Contemporânea ou Hipermoderna, já se admite o registro de duas das suas espécies.

Diante do que dispõe o preceptivo do art. 1.225, ainda assim, a dúvida pode persistir. Cumpre, portanto, indagar: há algum direito real que recai em imóvel que, em princípio, não se credencia ao registro? Sim, como foi anunciado: a posse. E quando esta recai sobre um bem móvel, deixa de ser direito real, já que esse direito, em regra, não é registrado em setor do registro público? Não. Melhor formular a seguinte indagação para se identificar se um direito é pessoal ou real, ou, ainda como sustentam alguns autores, se é um poder de fato ou de direito: o direito investigado se caracteriza por duas relações jurídicas? Se a resposta for positiva, trata-se de direito real; ao revés, é pessoal. Pergunta-se ainda: que relações são estas? Resposta: uma interna e outra externa, tal como foi visto.

Cumpre recordar o conceito de direito subjetivo. É aquele que à faculdade de agir do titular há correspondência de um dever

jurídico. Quando o titular exerce o direito real, em que consiste esse dever? No de abstenção de todos os que não forem titulares, devendo se manter afastados do exercício ou da tentativa de exercício de atos materiais sobre o bem do possuidor. As pessoas naturais ou jurídicas não estão autorizadas a usar ou fruir do bem que se encontra sob o poder físico-jurídico de quem exerce a titularidade da posse. Os direitos que se regem por essa e pelas demais características antes ressaltadas são denominados direitos reais ou direitos das coisas.

2. A posse como direito subjetivo real

2.1 O conceito de posse

Muito se discute sobre o conceito de posse, sendo sustentadas teorias a seu respeito, destacando-se as teorias subjetiva, objetiva e social. Para as duas primeiras teorias, a posse deve levar em conta os elementos constitutivos do direito subjetivo em epígrafe. Os elementos constitutivos da posse podem influenciar doutrinadores e legisladores, como se infere da leitura das normas constantes dos Códigos Bevilacqua e Reale.

A teoria subjetiva, que tem como precursor Savigny (apud Bevilacqua, 1955), defende que a posse consiste no poder físico do indivíduo de dispor fisicamente de uma coisa, com a intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem. De acordo com essa teoria, a posse é constituída por dois elementos: *corpus* e *animus*. O *corpus* é o poder físico sobre o bem, o que vai se traduzir no poder de inflexão, elemento constitutivo dos direitos reais ou das coisas. O *animus* é a intenção do possuidor de ter a coisa como sua. A teoria subjetiva submete a definição de posse à intenção do possuidor de ser proprietário, isto é, o *animus rem sibi habendi*. Bevilacqua (1955, p. 7) transcreve o pensamento de Savigny: “[...] embora revistos os caracteres do domínio, a posse é mero fato”.

A teoria objetiva, que tem Ihering como seu precursor, entende que a posse consiste no poder físico do indivíduo sobre a coisa, independentemente da intenção de tê-la para si. Consoante essa teoria, o *animus* não é elemento constitutivo da posse, apenas

uma característica implícita no poder físico. Para a teoria objetiva, a posse traz em si correlação com a propriedade, pois consiste numa exteriorização desta. A posse é a visibilidade do domínio, de acordo com a teoria objetiva. Bevilacqua (1955) ressalta que, para Ihering, a posse é um direito.

A teoria social tem Kohler como defensor. Para esse autor, a posse não integra o direito. Transcrevendo o entendimento desse autor, Bevilacqua (1955, p. 8) registra que “[...] o instituto da posse pertence a esse estado de paz; é instituto social que não se regula segundo os princípios fundamentais do direito individualista”. Essa teoria não agradou aos juristas, pois afasta as teses tradicionais, no sentido de que a posse se traduz em poder de fato, ou é um direito. Na verdade, desde o Direito de Justiniano a doutrina reconhece que a posse é um direito, conforme registra Chamoun (1968). No mesmo sentido, Alves (2010, p. 275): “[...] só no período pós-clássico é que — segundo demonstração de Albertario — surgiu a ideia de que a posse seria um direito [...]”.

Nenhum poder ou relação de fato, por mais relevância jurídica que irradie, tem o condão de se convolar em direito. Negacionistas insistem em sustentar que na posse sobre um bem há relação de fato. Entrementes, nenhuma relação desse jaez gera tantos direitos ou efeitos como a posse, de acordo com o que será estudado.

O preceptivo inscrito no art. 485 do Código Civil de 1916 adotou a teoria objetiva ao conceituar o possuidor. O art. 1.196 do Código Civil de 2002 reproduz a norma, excluindo, tão somente, a penúltima palavra, ou seja, “domínio”. Sem qualquer menção à intenção de ter a coisa para si, vale dizer, dispensando o elemento subjetivo *animus*, para que alguém possa ser considerado possuidor, perante o que dispõe a sobredita norma do Estatuto Civil vigente, basta exercer um dos poderes inerentes à propriedade: uso, fruição ou disposição. Este último poder é exclusivo do titular do direito de propriedade. Logo, se o indivíduo exerce os poderes de uso ou de uso e fruição, com ou sem autorização do proprietário, ele é possuidor do bem que se encontra sob o seu poder físico. Se possuidor independente for, poderá, ainda, transferir o exercício desse poder para outrem, por cessão gratuita ou onerosa da posse.

Desse breve estudo apresenta-se o seu conceito. A posse é um direito subjetivo real, de caráter provisório, em que o titular

exerce um conjunto de atos materiais sobre a coisa própria ou alheia, tendentes a conservá-la para que dela possa usar e fruir. Procedendo-se ao desdobramento do conceito, tem-se que a posse é um direito subjetivo. A relação jurídica que se forma entre titular e bem, através de um poder para uso e fruição deste, com conservação, de modo a impor respeito aos demais indivíduos participativos (da sociedade), é reconhecidamente um direito. Se o exercício do precitado poder sobre a coisa institui respeito, significa dizer que, à faculdade de agir do titular do conjunto de atos de poder e de conservação, corresponde um dever de abstenção pelos demais integrantes da sociedade local. Se à faculdade de agir do titular do poder é imposto um dever jurídico de abstenção a todo aquele que não o exerce, é porque a posse é um direito subjetivo.

A relação jurídica entre possuidor e bem também conta com o poder de inflexão, antes abordado. Ele o direciona à coisa, alvejando o seu uso e fruição, sendo-lhe facultado, quando não mais tiver interesse, transferir o seu exercício para outrem, gratuita ou onerosamente (Vieira, 2021, p. 258). No caso de alguém ameaçar, esbulhar ou turbar o exercício, o titular pode se socorrer do direito de seqüela ou *persecutio*, podendo, ainda, como também será analisado, defendê-la *motu proprio*, vale dizer, extrajudicialmente, contanto que atue logo que ocorram os atos turbativos ou espoliativos, haja vista a relevância que o legislador deu a esse “direito das coisas”, apesar de, por mero capricho, não o chamar de direito real. Não há como emoldurar a posse dentre os direitos pessoais. Estando presentes, no seu exercício, os poderes de inflexão e de seqüela, a posse ingressa no campo dos direitos subjetivos reais.

A posse é um direito subjetivo real provisório, em virtude de o possuidor exercer o poder físico de inflexão sobre a coisa, com ou sem título, este, em princípio, não registrável, quando recair em imóvel. No caso de o exercício se dar sobre direito de propriedade alheio, enquanto esse direito não for consumido pela prescrição extintiva, o possuidor não o adquirir pela prescrição constitutiva e o proprietário não aforar as ações cabíveis para afastá-lo do poder de inflexão, a posse se classifica como direito subjetivo provisório.

2.2 A infrutífera e obsoleta discussão sobre sua natureza jurídica

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Respeitáveis civilistas defendem que a posse não é um direito, e sim poder de fato sobre um bem. Assim entendem, dentre outros, Venosa (2017); Lôbo (2015) — este, com esteio em Tito Fulgêncio —; Gonçalves (2017); Nader (2013); e Scavone Junior (2015). Ao comentar o desdobramento da posse em direta e indireta, Bevilacqua (1955, p. 9) sustenta que a posse é “estado de fato que corresponde ao exercício pleno ou limitado do direito de propriedade”. Expondo as correntes doutrinárias defendidas pelos autores que consideram a posse como direito ou como poder de fato, Rizzardo (2011, p. 24 e 27) apresenta entendimento intermediário, destacando que “domina o entendimento de conceber-se a posse como um exercício de um poder sobre a coisa correspondente ao da propriedade ou de direito real”.

A discussão acerca da sua natureza jurídica perde o valor perante o estudo desenvolvido, em virtude do que já foi sustentado: que a posse integra o único *direito* do Título I, do Livro III, da Parte Especial do Estatuto Civil, que trata do Direito das Coisas, o qual só pode ser visto como gênero dos Direitos Reais. Por isso, Pereira (2015, p. 22) não hesita em afirmar que a posse, “[...] sem embargo de opiniões em contrário, é um direito real, com todas as suas características; oponibilidade *erga omnes*, indeterminação do sujeito passivo, incidência em objeto obrigatoriamente determinado etc.”. Igualmente Melo (2015, p. 35), ao sustentar: “[...] servindo-se de uma interpretação sistemática temos que se encontram na posse todas as características de um direito real, pois o seu objeto é uma coisa determinada e não a prestação”. E ainda Viana (2006, p. 21), afirmando que “a posse é um direito subjetivo de natureza real”, assim como Gomes (1976); Monteiro (2003b); Tartuce (2016); Farias e Rosenvald (2015); Coelho (2009); Diniz (2007); Daibert (1979); e Torres (2007).

A posse é reconhecida como exercício de direito, consoante o disposto no art. 2255 do Code Napoléonien, na redação da Lei 2008-561, de 17 de junho de 2008: “*La possession est la détention ou la jouissance d’une chose ou d’un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l’exerce en notre nom*”. O artigo 1251^o do Código Civil Português

>>|

<< Sumário

dispõe que: “Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”. Esse preceptivo legal está encartado no Livro III, referente ao Direito das Coisas, Título I, inaugurando-o. E está posicionado no mesmo patamar do direito de propriedade, o qual está apresentado no artigo 1302^º, integrando o Título II. Sendo assim, a posse é um direito real.

Após apresentar a divisão da sua codificação em seis livros, o Código Civil e Comercial argentino se dedica aos *Derechos Reales* no *Libro Cuarto*. A posse está enquadrada como *derecho real* no Título II, do sobredito *Libro Cuarto*. Dispõe o art. 1.909: “*Hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no*”. Ela integra os direitos dotados de um poder jurídico, isto é, de duas faculdades, ou seja, persecução e preferência, como anunciado no precitado art. 1.882. Consagrando sua autênticanatureza jurídica, resta enfatizado no art. 1891, 1ª parte: “*Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca*”, erigindo a posse no principal direito real sobre o qual recaem e se exercem os demais.

O exercício da posse é o pressuposto de existência e de validade de todos os direitos reais. Sem posse, bem diz a precitada norma civilista argentina — à exceção de apenas dois direitos reais, ou seja, a servidão predial e a hipoteca — nenhum outro direito real pode ser exercido por meio de comportamento comissivo.

No âmbito do Código Civil brasileiro, é certo afirmar que, adotada a teoria objetiva de Ihering, como já ressaltado, *i.e.*, que o art. 1.196 considera a posse como fruto de um efetivo exercício pleno ou limitado de alguns dos poderes inerentes à propriedade — e integrando o único título do Livro III, referente ao Direito das Coisas, repita-se, a posse não pode ser considerada um direito obrigacional nem um poder de fato. O anúncio de que ela é um *direito* das coisas dá-se em primeira mão, compondo o primeiro título, como também anunciava o art. 485 do Código Bevilacqua. Sobre o tema, anota Dantas (1981, p. 22-23):

Ora, já que o dever jurídico que corresponde à posse é um dever que recai sobre todos, não se pode ter dúvidas de que se trata de um direito absoluto. Já que

o objeto da posse é a coisa, totalmente entregue ao possuidor, também se vê que não pode ser direito da personalidade e sim direito real. É legítimo, portanto, incluir-se a posse ao lado dos direitos reais, fazendo mesmo, dela, um tratamento preliminar, por isso que informa todos os direitos e é um instituto paralelo ao direito das coisas.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Cumpre observar que os demais direitos das coisas, chamados de reais, ficaram em segundo plano, consoante o alentado rol constante do art. 1.225 do Estatuto Civilístico, que não é exaustivo. Pergunta-se para os doutrinadores que insistem em considerar a posse como mero poder de fato sobre um bem: qual é a razão de o legislador civil haver encartado a posse como o único “direito” das coisas, vanguardista, quando poderia muito bem emoldurá-la como integrante de um título discreto, sob outra designação, após apresentar os que são chamados de direitos reais? Resposta: porque é o mais relevante de todos direitos reais, tanto é que autoriza o seu titular a defendê-lo extrajudicialmente (autotutela) e se convola em propriedade pela prescrição constitutiva. Reverencia-se mais uma vez o precitado art. 1.891 do Código Civil e Comercial argentino: à exceção da servidão predial e da hipoteca, todos os direitos reais são exercidos por meio da posse.

Na verdade, houve parcimônia do legislador em reconhecer a posse como direito real, quando deixou de encartá-la no quadro geral dessa categoria de direito, preferindo chamá-la de *direito* das coisas. Por outro lado, se acanhamento não houve, o enquadramento como único *direito* das coisas no Livro III, do Estatuto Civilístico, se traduz em injustificável preconceito legal, voltado para afastar a posse do mencionado rol. O tempo em que nenhuma posse sobre imóvel podia ser registrada está superado por diplomas expedidos nos dias coevos da Era Hipermoderna.

A Lei n.º 11.977/2009 e a Lei n.º 12.424/2001, *exempli gratia*, acrescentaram, respectivamente, o § 4º ao art. 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, e o § nº 36, ao inciso I do art. 167, da Lei n.º 6.015/1973, para permitir o registro da imissão provisória na posse, concedida nos autos da ação de desapropriação, às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado concessionárias de serviço

>>|

<< Sumário

público. A mesma Lei n.º 11.977/2009 acrescentou o item n.º 41 ao inciso I, do art. 167, da Lei n.º 6.015/1973, autorizando o registro da legitimação de posse que, após o decurso do prazo ali previsto, se converte em propriedade, sendo necessário um novo registro, consoante o disposto no item n.º 42, do inciso I, do referido art. 167, da Lei de Registros Públicos. Recentemente, o art. 30 da Lei n.º 14.620/2023 acrescentou ao art. 1.225 do Código Civil o inciso XIV, para incluir no rol dos direitos reais os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas, e a respectiva cessão e promessa de cessão nos autos da ação de desapropriação. Em todos esses casos, a posse e os direitos dela oriundos podem ser registrados, colocando a última pá de terra no fêretro do seu enquadramento como poder de fato.

2.3 Características e atributos da posse

Ainda que o direito em epígrafe não possa comumente ser levado ao registro imobiliário para não se defrontar com o direito de propriedade — no caso de estar registrado em nome diverso do possuidor —, não se olvide de que a posse é credora dos mesmos atributos do direito real. Isto porque ela se caracteriza por uma relação jurídica principal e outra secundária. A principal, que se forma entre o titular e a coisa, de matiz real, é regida pelos atributos da inflexão, sequela e soberania, em certas condições; a secundária — que se aproxima de uma relação de índole obrigacional — é regida pelo atributo *erga omnes*. Na relação jurídica principal, recorda-se, estão presentes os atributos da inflexão ou do poder físico material e da sequela ou *persecutio*.

O atributo da inflexão consiste no poder que o titular da posse exerce sobre a coisa, possibilitando-o usar, fruir e transferir o seu exercício para outrem. Assemelha-se a uma linha de pipa invisível, encarregada de mantê-la no céu para reagir quando o seu titular suporta a ameaça de ver essa linha cortada por outra linha de ca-fifa pertencente a possuidor diverso. O atributo da perseguição ou sequela concede ao possuidor o direito de perseguir a coisa onde quer que ela se encontre. Se a mesma linha do poder de inflexão arrebenta, ou se a pipa do possuidor for cortada pela linha de

outro, ou se o vento estiver fraco e ele tiver oportunidade, poderá persegui-la para recuperá-la, levando-se em conta os poderes de inflexão e de *persecutio* ou sequela.

O poder de sequela legitima o possuidor, que teve a posse esbulhada, a se servir do desforço imediato ou da ação de reintegração de posse. O titular do domínio que pretende reaver o *jus possidendi*, ínsito à propriedade, deve se socorrer da ação reivindicatória, se não estava no exercício da posse. Estando no seu exercício, ambos podem se servir do desforço imediato de que trata o art. 1.210, § 1º, do Estatuto Civil. Os atributos da inflexão e da sequela concedem ao possuidor o direito de se manter ou ser restituído na posse do bem extrajudicialmente.

Na relação jurídica secundária, o atributo *erga omnes*, ou absoluto, se traduz na indeterminação do sujeito passivo e no dever jurídico de abstenção que os demais indivíduos participativos se sujeitam, no sentido do não exercício de atos materiais sobre o bem que se encontra sob o poder de inflexão do possuidor. No momento em que um titular exerce posse, todos devem se afastar (art. 446 do Código Civil espanhol), salvo no caso da composses, de que trata o art.1.197, da Lei Civil, em que inexistente exclusividade. A exclusividade é a regra. À exceção da composses, não existem outras situações em que um possuidor exerce posse em conjunto com outro. No desdobramento da posse em direta e indireta, o possuidor originário perde o poder de inflexão, mantendo-o ficticiamente com o possuidor derivado.

Embora reconhecida como direito de caráter provisório — porque, na maioria das vezes o titular do seu exercício pretende se tornar proprietário —, a posse desfruta da qualidade e tem natureza de direito real, tal como foi analisado. Via de consequência, a provisoriedade da posse é também um atributo desse direito real, enquanto não convalidada em propriedade, ao reverso desta, considerada direito definitivo ou peremptório. Somente no caso de a posse decorrer do direito de propriedade, ou seja, quando se tratar de *jus possidendi*, é que ela não pode ser emolurada como direito real provisório. Nesse caso, verifica-se que o proprietário é a pessoa que tem a intenção de ser possuidor definitivo, pelo exercício de poder físico-jurídico que advém do registro do título de aquisição.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

O caráter provisório da posse, entretanto, não tem o condão de excluí-la do quadro dos direitos reais de gozo ou fruição, pois relevante é a reunião dos atributos comuns a essa espécie. O ingresso do indivíduo no exercício da posse se convola em direito subjetivo. Isso, por si só, faz eclodir o poder de inflexão, afastando os demais indivíduos do poder de direcionar atos materiais à coisa. Denominando o direito real em epígrafe como posse e utilizando o linguajar próprio do seu tempo, salienta Hegel (1997, p. 80):

O ato corporal de apropriar é, do ponto de vista sensível, a maneira mais perfeita de posse, já que estou presente nela e manifesto minha vontade, que é reconhecida. Em geral, contudo, é um ato subjetivo temporário, como também limitado na sua extensão quantitativa e na natureza qualitativa dos objetos.

3. Espécies e graduação

Em decorrência dos poderes de inflexão e de sequela, o possuidor pode exercer a posse em caráter permanente ou esporadicamente, ou, ainda, delegar esse exercício a terceiro, em maior consagração da autonomia desse direito real, em que se destacam os direitos de usar e fruir da coisa e de sua conservação. Na maioria das vezes, o possuidor quer manter o poder físico-jurídico *ad eternum*; em outras, ele mantém esse poder durante certo tempo, para depois transferi-lo a terceiro, proclamando a autonomia da posse com relação à propriedade, no caso de esse direito não ser exercido pelo titular.

3.1 As diversas espécies

A classificação da posse, consagradora das suas espécies, leva em conta: a) a possibilidade do seu desmembramento; b) realidade ou aparência; c) exclusividade ou coletividade; d) liceidade ou ilicitude; e) boa ou má intenção do possuidor; f) juventude ou vetustez; g) proteção judicial ou proteção com intenção subjetiva; h) o direito de propriedade ou sua autonomia; i) sua origem ou transmissão; j) a titularidade do bem; k) o objeto do seu exercício. As espécies são destacadas.

Ao se considerar a possibilidade de desmembramento, a posse pode ser direta ou indireta. Dito desdobramento se traduz numa ficção jurídica. A posse direta decorre sempre de negócio jurídico. O possuidor direto utiliza a coisa de quem lhe concedeu a posse temporariamente, podendo ser breve ou duradoura, ou seja, enquanto o negócio jurídico vigorar. A indireta resulta da perda do interesse do possuidor em desfrutar da utilização do bem. Ele transfere esses poderes a terceiro por meio de contrato, que pode originar direito pessoal ou real. Desdobrada, passam a coexistir duas posses: a de substância desse direito, um arremedo de posse invisível, que continua na titularidade de quem a desmembrou, ou seja, a posse indireta, e a posse de uso ou de uso e fruição de quem a recebeu, *ex vi* de contrato pessoal ou real, oneroso ou gratuito, vale dizer, a direta.

A posse direta também se denomina contratual, dependente, subordinada, derivada, acessória e temporária, porque tem fulcro em negócio jurídico em que o uso ou o uso e fruição são concedidos, em regra, por tempo determinado ou, no máximo, em caráter vitalício. O termo resolutivo — elemento accidental que subordina os efeitos jurídicos do contrato a evento futuro e certo — quase sempre está presente no desdobramento possessório. Da posse direta, oriunda do desdobramento, trata o art. 1.197 do Estatuto Civil. Algumas modalidades de posse direta não originam direito subjetivo real. Para os civilistas que consideram a posse como um simples poder de fato e não um direito subjetivo real, os primeiros exemplos, adiante apresentados, podem servir para a tese que eles sustentam. São exemplos de posse direta que se situam no campo do direito obrigacional: as exercidas pelo locatário, comodatário, depositário, arrendatário ou parceiro de imóvel rural (arts. 92; 95, II; 96, II, III e IV, da Lei n.º 4.504/1964) e do arrendatário de imóvel residencial com opção de compra (arts. 1º e ss. da Lei n.º 10.188/2001).

A posse direta exercida pelo enfiteuta ou foreiro, superficiário, usufrutuário, concessionário de uso especial para fins de moradia ou de direito real de uso, usuário e habitador, não é simplesmente temporária, podendo ser emoldurada como duradoura. Ela advém de negócio jurídico real, que constitui direito real sobre coisa alheia. A do foreiro é *sui generis*, porque perpétua, decorrente do *jus possidendi*; a posse do usufrutuário, usuário e do habitador, em regra é vitalícia, e a do superficiário e do concessionário do direito real de uso perduram por longo prazo, de acordo com o contrato que lhe deu origem.

A única posse contratual que não é dependente e dá origem à aquisição pela prescrição constitutiva — caso seja impossível a obtenção do domínio por meio da escritura definitiva do bem imóvel — é a do promissário comprador, cujo instrumento preliminar, por alguma razão, não pode ser registrado. Isto se deve ao fato de já ter ocorrido o início de transmissão da propriedade pela celebração da promessa irretratável de compra e venda, levada ou não ao Registro de Imóveis. O promissário comprador não exerce posse contratual subordinada. Esta advém de um contrato, que é preliminar de compra e venda.

No que tange à vinculação, isto é, realidade ou aparência, a posse pode ser jurídica ou natural. A primeira, posse jurídica, é a verdadeiramente protegida pelos interditos possessórios (ações possessórias), sendo também chamada posse civil ou inteligível, por representar o exercício do direito subjetivo real em que o titular usa e frui da coisa por seu próprio mando, ainda que em caráter provisório. A segunda, a natural, é uma simples aparência de posse, em que o indivíduo está autorizado a ter o bem móvel em suas mãos ou exercer o uso do imóvel, fazendo-o em nome de outrem.

O possuidor aparente se vincula a atuar subordinadamente em nome do possuidor real, mediante ordens e instruções deste. O possuidor aparente é cognominado detentor, sendo também conhecido como tenente ou fâmulos da posse. Da detenção, cuida o art. 1.198 da Lei Civil, que identifica o detentor como aquele que guarda dependência com o possuidor, conservando a posse em nome deste e em atendimento às ordens e instruções suas. No mesmo sentido dispõem o artigo 1252º do Código Civil Português e o art. 1.919 do Código Civil e Comercial da nação argentina. São exemplos: o administrador ou o caseiro da fazenda ou do sítio, a empregada doméstica, o motorista particular autorizado a levar o carro do patrão para sua residência.

A posse jurídica é a única que possibilita a continuidade do seu exercício, ainda que o titular desse direito real se afaste fisicamente da coisa. Como diz Kant (2005, p. 63), “[...] uma posse inteligível (de ser possível) é uma posse sem ocupação (*detentio*)”. No mesmo sentido de que o poder de seqüela ou *persecutio* justifica a posse sem contato físico, Goyard-Fabre (2006, p. 109), com fulcro em Kant, amplia esse entendimento:

A *posse sensível* de um objeto é empírica e fenomênica; situa-se no contexto espaço-temporal; consiste em “ter agora um objeto na mão” e se resume, em suma, à sua simples detenção física, o que é o nível mais baixo, ainda juridicamente inautêntico, da posse. A *posse inteligível* se situa, por sua vez, num nível muito diferente de compreensão. Ela é, diz Kant, que nisso parece aproximar-se de Leibniz e de Wolff, uma “posse racional”, que em nada implica a detenção empírica de um objeto: essa “posse sem detenção” (*Inhabung*) se situa fora dos limites da sensibilidade.

A posse natural ou detenção também é chamada de posse sensível, empírica e tenência. Essa nomenclatura se deve ao fato de o detentor ter e não possuir a coisa. “Ter” não significa poder de possuir, no linguajar do estudo da posse, o que já não ocorre com “possuir”, que se traduz exatamente neste poder. A tenência ou detenção não se credencia à proteção possessória, uma vez que somente para o estudo de classificação doutrinária é considerada posse (natural), como o próprio nome está a indicar. O detentor não pode propor ação de manutenção ou de reintegração de posse, nem interdito proibitório, mas pode figurar como sujeito passivo de ação reivindicatória, proposta pelo proprietário, *ex vi* do art. 1.228, *in fine*, do Estatuto Civilístico, ao ressaltar que o titular do domínio tem o direito de reaver — entenda-se reivindicar — o imóvel de quem injustamente o possua ou detenha.

No que diz respeito à sua exclusividade ou coletividade, a posse pode ser individual ou exclusiva e coletiva ou composses. Como se vê da leitura do art. 1.199 do Código Civil, não há desdobramento da posse, e sim fracionamento, na proporção dos titulares da posse coletiva, que há de ser exercida simultaneamente, não podendo um compossuidor excluir o exercício da posse pelos demais. Na posse individual, há somente um titular, sem dividir o seu exercício com outro; na posse coletiva ou composses, dois ou mais indivíduos a exercem simultaneamente, no mesmo sentido. Os compossuidores se encontram na mesma posição jurídica, e não em posições contrárias.

No pertinente à liceidade (licitude) ou ilicitude, ou se o seu exercício contraria preceito legal, a posse pode ser justa ou mansa

e pacífica, e injusta ou viciada. Da posse injusta, nas três modalidades, trata o art. 1.200 do Código Civil. Se divide em: violenta, clandestina e precária. Ratifica-se a classificação em comento. Justa é a posse que se apresenta em consonância com a lei; injusta, a que abalroa preceptivo legal. Procede-se ao estudo da posse injusta analisando-se a graduação da ilicitude de quem a exerce.

A posse violenta é a adquirida pela força (*vi*). A violência para obtenção da posse de bem alheio pode ser física ou praticada mediante grave ameaça, tal como ocorre no defeito do negócio jurídico coação, de que tratam os arts. 151 e ss. do Código Civil. Quando o agente invade, com violência ou grave ameaça, ou mediante concurso de duas ou mais pessoas, terreno ou construção de outrem, comete esbulho possessório. A conduta do esbulhador se emoldura no *Tatbestand* inscrito no art. 161, II, do Estatuto Penal. Tratando-se de bem móvel, o agente incide no crime de roubo, de que trata o art. 157 do Estatuto Repressivo.

A posse clandestina é obtida sub-repticiamente, na ausência do possuidor, que se afasta temporariamente do exercício do poder físico do bem (*clam*). A investidura ilícita na posse do bem se dá quando o possuidor não está fisicamente presente, ainda que por horas ou poucos dias. No que diz respeito ao bem imóvel, esse comportamento não constitui delito. Tratando-se de bem móvel, o esbulhador responde por furto (art. 155 do Código Penal).

A posse precária se origina do abuso de confiança (*precario*). A precariedade tem origem no advento do termo resolutivo negocial. O negócio jurídico que dá origem à posse precária, em regra, é o contrato. Ao se encerrar, aquele que não devolve o bem ao possuidor convola a posse justa em injusta. Não constitui crime, salvo quando a não devolução de bem móvel se dá em caráter definitivo, incidindo o possuidor direto no delito de apropriação indébita, previsto no art. 169 da Lei Penal.

Se o contrato é formal ou solene, ou seja, foi celebrado por escrito, dele constando termo inicial ou suspensivo (*dies a quo*) e final ou resolutivo (*dies ad quem*), a obrigação de devolver a coisa é positiva e líquida. O dia previsto para a restituição do bem serve de aviso ao possuidor direto, no caso, devedor da entrega da coisa. A mora, *in hypothesi sub examen*, é da espécie *ex re*, incidindo a regra *dies interpellat pro homine*, ficando o possuidor

indireto dispensado de promover a interpelação do possuidor direto para constituí-lo em mora. Se o contrato é informal ou não solene, inexistindo prazo determinado para a devolução do bem, o possuidor indireto, para tanto, deve interpelar o possuidor direto. A mora, *in casu*, é *ex persona*. A transmutação da posse justa em injusta pela precariedade se emoldura na espécie posse ilícita, uma vez que o possuidor direto deixou de efetuar o pagamento, isto é, de satisfazer a prestação assumida: devolver a coisa, após o término do contrato, incidindo as normas inscritas nos arts. 389, 394, 395, 397, parágrafo único, e 398, todos da Lei Civil.

O comodatário que não devolve o imóvel ao comodante, encerrado o prazo ajustado, convola a posse direta em injusta. A partir do momento da transmutação da posse lícita em ilícita, pela precariedade, ele também pratica esbulho possessório. O mesmo pode ser dito do arrendatário no contrato de arrendamento de imóvel residencial, com opção de compra, de que trata a Lei n.º 10.188/2001, que tem como arrendadora a Caixa Econômica Federal. No instante em que o prazo da notificação para pagamento dos encargos em atraso é encerrado e o arrendatário não o satisfaz, o art. 9º do diploma legal ressaltado consagra expressamente a configuração do esbulho possessório, que autoriza a empresa pública federal a ingressar com ação de reintegração de posse.

As três espécies de posse injusta dão origem ao esbulho possessório. No entanto, a posse violenta e a posse clandestina podem convalescer. Cessada a violência ou a clandestinidade, vale dizer, passado o momento do exercício de coação física, grave ameaça ou da ocupação sub-reptícia, encontrando-se o novo possuidor acomodado, em pleno uso e fruição da coisa — malgrado esbulhador da posse de outrem —, será protegido contra terceiros. Ele só não o será contra o antigo possuidor, caso este afore demanda possessória ou petitória em seu desfavor, na hipótese de ser titular do *jus possidendi*. A posse passa a ser juridicamente protegida, ainda que obtida pela força, ameaça ou sub-repticiamente.

A posse subordinada, recebida em razão de negócio jurídico celebrado por prazo determinado ou não, por força do seu desdobramento, ou seja, direta, não tem a menor chance de convalescer. O *dies ad quem* do contrato por prazo determinado ou a

interpelação, que constitui o possuidor direto em mora, marca a obrigação de restituir. Não o fazendo, convola a posse direta em precária. A precariedade nunca cessa, por isso não foi incluída na norma do art. 1.208, 2ª parte, do Código Civil. A interpretação dessa norma consagra que a posse inicialmente injusta, nas duas modalidades — violenta ou clandestina —, após cessar a violência ou a clandestinidade, é considerada mansa e pacífica. Essa posse, embora não pareça, serve de lastro à prescrição constitutiva (aquisitiva), desde que estejam reunidas mais quatro características e se verifique o preenchimento dos requisitos legais. O art. 1.208, 2ª parte, vincula-se ao art. 1.200. Em direção bem assemelhada à conjugação de ambos os preceptivos do Estatuto Civil, dispõe o art. 2.263 do Code Civil: *“Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d’opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé”*.

De acordo com a boa ou má intenção do possuidor que a exerce, a posse pode ser de boa ou de má-fé. É o que dispõe o art. 1.201 do Estatuto Civilístico. Essa classificação leva em conta a teoria subjetiva de Savigny, ou seja, que vincula o poder físico da posse, o *corpus*, à intenção do possuidor de ter a coisa para si, *id est*, o *animus rem sibi habendi*. Sobre a posse de boa-fé, dispõe o artigo 1260º, item nº 1, do Código Civil Português, no sentido de que, quando o possuidor tem a intenção de adquirir o bem e desconhece o vício que lhe propiciaria sua aquisição, a posse por ele exercida é de boa-fé; conhecendo-o, ao reverso, trata-se de posse de má-fé. O que distingue a posse de boa-fé da posse de má-fé é a posição psicológica do possuidor.

A posse de má-fé nem sempre é ilícita. A violenta e a precária são ilícitas; a clandestina pode ser ou não, dependendo do conhecimento ou desconhecimento do possuidor do vício que o impede de adquirir o bem. O artigo 1260º, item nº 3, do Código Civil Português, estabelece que: *“A posse adquirida por violência é sempre considerada de má-fé, mesmo quando seja titulada”*. Repita-se: o relevante é a cognição do possuidor de que, por ocasião da sua investidura, a posse — em regra *jus possidendi* — pertence a outrem, impedindo-o, naquele momento, de adquirir o bem. Caracterizada a má-fé, deve o possuidor deixar de exercer atos de conservação sobre a coisa, salvo se aquele que tem direito à posse deixar de tomar a iniciativa para reavê-la.

A classificação em estudo assume relevância quando se leva em conta os consectários do exercício da posse de boa-fé e de má-fé. A de boa-fé confere ao possuidor direitos amplos ou o beneficia com redução do prazo para adquirir determinado direito. É o que se infere do direito à percepção dos frutos; à indenização por acessões e benfeitorias — com o consequente direito de retenção do bem até que venha a ser efetivamente satisfeito dos seus valores —; ao direito de transformar a posse em propriedade pela prescrição aquisitiva em prazo menor; ao direito de ser indenizado por haver semeado, plantado ou edificado em terreno alheio; e, por fim, ao direito de adquirir a parte invadida do terreno do vizinho que não ultrapassar 5%, desde que o valor da construção exceda o do terreno, nos termos dos arts. 1.214, 1.217, 1.219, 1.242, 1.255, 1.258 e 1.260 do Estatuto Civilístico.

O possuidor pode iniciar o exercício da posse estando de boa-fé. No entanto, se depois de certo tempo toma conhecimento do obstáculo que o impede de adquirir o bem, nesse momento ocorre sua transformação em posse de má-fé. Estabelece o art. 550 do Code Napoléonien, que: *“Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices”*. A boa-fé cessa no momento em que o vício é conhecido pelo possuidor. Diz a parte final do indigitado art. 550 do Code Civil: *“[...] Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus”*. Sobre a posse de boa-fé e má-fé, pronuncia-se o art. 1.920, primeira parte, do Código Civil e Comercial argentino: *“[...] La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición”*.

O momento da convalidação da posse de boa-fé em de má-fé é o da citação, toda vez que o possuidor é demandado em ação possessória ou de reivindicação. A propósito, não se olvide da leitura dos arts. 238 e 240 da Lei Processual Civil, com vinculação ao tema referente à transmutação da posse de boa-fé em de má-fé. Nesse sentido, dispõe o art. 1.920, 2ª parte, do Código Civil e Comercial argentino: *“No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio.”*

O titular da posse que tem justo título presume-se de boa-fé, consoante o estatuído no art. 1.201, § único, do *Codex Civil*. Em que

consiste o justo título? Apesar de parte da doutrina conceituar o justo título como aquele hábil a transmitir o domínio, se adviesse do titular deste, não há como se acolher esse entendimento.

Em primeiro lugar, porque o título que não emana do *tradens*, ou seja, do transmitente do domínio, é nulo de pleno direito, não produzindo qualquer efeito jurídico. Em segundo, porque o título que consagra a posse como de boa-fé não se confunde com o título que transmite a propriedade. Possivelmente os doutrinadores sofreram influência do disposto na primeira parte do precitado art. 550 do Code Civil, uma vez que essa norma da Lei Civil francesa consagra que o possuidor é de boa-fé quando, dispondo de título de propriedade, ignora os vícios nele contidos. Não tem a ver, *data venia*, com o justo título brasileiro.

O justo título é todo documento escrito, revestido de formalidades, capaz de demonstrar que quem exerce posse sobre o bem pode justificar a investidura no poder de inflexão. Não se traduz em qualquer título, e sim em um título formal, que justifica o ingresso da pessoa na posse do bem, numa demonstração de que a investidura não se deu por violência ou clandestinidade, nem que resulta da convalidação da posse direta em precária. É o documento que demonstra a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, como estabelece o art. 216-A, IV, da Lei n.º 6.015/1973, na redação dada pelo art. 1.071 do Código de Processo Civil, para o efeito do procedimento extrajudicial da prescrição aquisitiva (usucapião administrativa). É o que dá origem à posse titulada, a que se refere o artigo 1259º, item nº 1, do Código Civil Português: “Diz titulada a posse fundada em qualquer modo legítimo de adquirir, independentemente, quer do direito do transmitente, quer da validade substancial do negócio jurídico”. Se o possuidor desconhece o vício que o impede de adquirir a coisa e tem como justificar o exercício da posse com documento revestido de formalidades, constando, *exempli gratia*, a qualificação do *tradens*, o tempo em que este exerce posse sobre o bem, sua qualificação (*accipiens*), a discriminação do imóvel, informando se o negócio jurídico translativo é oneroso (preço da aquisição) ou gratuito e a investidura no poder de inflexão, presume-se a boa-fé.

Independentemente da citação, que dá conhecimento ao possuidor de que está exercendo posse sobre bem alheio, chamando-o

para responder aos termos de ação possessória ou petição, as circunstâncias podem demonstrar que houve sua convalidação em posse de má-fé. Os meios de comunicação desses tempos hipermodernos, comuns à população, notadamente os eletrônicos, como *e-mail*, *Internet*, aplicativos do celular, WhatsApp, Facebook, Instagram e outros, firmam a presunção de que ele não ignora que possui o imóvel de outrem indevidamente. É o que consta do art. 1.202 do Código Civil.

Enquanto não for citado e não incidir presunção de que houve transmutação do caráter possessório, em razão da prova da presença de circunstâncias que demonstrem esse fato — sendo raro que um possuidor, nos dias coevos, não se sirva dos meios de comunicação antes ressaltados, uma vez que comuns a *quidam de populo* —, continua sua posse a desfrutar da qualidade de boa-fé. Em princípio, se ele dispõe de justo título, é porque a posse que lhe foi transferida pelo *tradens* — com o mesmo caráter que este exercia — era de boa-fé. Se, até o momento da transferência da titularidade da posse, o cedente exercia o poder de inflexão sem interrupção ou oposição de qualquer interessado, o cessionário, credor de documento escrito, revestido de formalidades, há que, por mais esse fundamento, ser considerado possuidor de boa-fé, consoante a norma inscrita no art. 1.203 do mesmo diploma legal.

No atinente à sua juventude ou vetustez, a posse pode ser nova ou velha. Desta classificação tratavam os arts. 507 e 508 do Código Bevilacqua, não reproduzidos pelo Código Reale. Ficou a cargo do legislador processual tratar de tema pertinente à concessão de liminar em ação possessória, levando em conta a data em que o direito real foi vilipendiado. A posse é considerada nova toda vez que a turbacão ou o esbulho ocorre em prazo igual ou inferior a um ano e um dia; ao reverso, a posse é velha. A distinção tem importância para o efeito de proteção possessória. A posse nova possibilita a adoção do rito especial das ações possessórias puras, autorizando o Estado-juiz a conceder a medida *inaudita altera parte*, ou seja, *initio litis*, ou após justificação prévia, conforme dispõem os arts. 558, 561, I, II e III, e 562, todos da Lei Processual Civil.

De conformidade com a proteção judicial ou proteção com intenção subjetiva, a posse pode ser *ad interdicta* e *ad usucapionem*. Trata-se de uma classificação que não tem tradução ao pé da letra,

indicando que se refere à posse juridicamente protegida pelos interditos ou àquela que, além de desfrutar dessa característica, pode também contar com algo mais: ser convolada em propriedade pela prescrição constitutiva ou aquisitiva, por meio da via judicial ou extrajudicial (usucapião administrativa). Melhor esclarecendo, a posse *ad interdicta*, como o próprio nome está a indicar, é aquela juridicamente protegida pelos interditos. A posse *ad usucapionem*, além de protegida pelas ações possessórias, é exercida pelo possuidor com a intenção de alcançar, pela prescrição aquisitiva, o direito de propriedade ou outro direito real registrável. Essa classificação permite estabelecer como requisito para sua caracterização ser imprescindível a presença do elemento subjetivo da posse, *id est*, o *animus rem sibi habendi*, consoante sustentado por Savigny.

O titular do *jus possidendi* — vale dizer, da posse que provém da propriedade — ou do *jus possessionis* — da posse que advém da própria posse —, tem a seu favor a posse *ad interdicta*. No exercício de uma ou de outra, a posse é protegida pelos interditos possessórios, sempre que houver violação do direito real que ostenta. Há uma exceção: quando por força de negócio jurídico o proprietário, titular do *jus possidendi*, desdobra a posse, originando a direta e permanecendo com a posse indireta — como ocorre com a superfície, o usufruto, o uso, a habitação, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, nos termos do art. 1.197 c/c art. 1.225, II, IV a VI, X, XI e XII, do Código Civil —, ele, durante a vigência do contrato que originou o direito real, não é possuidor *ad interdicta*, já que possuidor indireto. Provisoriamente, não tem *legitimatío ad causam* ativa para aforar ação possessória. Só o possuidor direto poderá ajuizá-la.

Malgrado não muito pacífico o entendimento, pode ser dito que este ocorre quando o possuidor *stricto sensu*, titular do *jus possessionis*, celebra com outrem contrato de comodato. O possuidor comodante se despoja do poder de inflexão, *ex vi* de contrato, notadamente escrito. Apesar de originar direito pessoal no momento em que transfere a posse direta para o comodatário, ele se afasta do direito de propor as ações possessórias em desfavor de quem ocupa o bem. Só o comodatário poderá fazê-lo.

A posse *ad usucapionem* é conhecida como posse pública ou ostensiva, em virtude da exibição, pelo possuidor, do poder de

inflexão e mando sobre a coisa, incutindo nos indivíduos participativos da comunidade a qualidade de titular do direito de propriedade. A posse assim exercida é tão manifesta que todos pensam que ele é o proprietário do bem.

O Código Civil não apresenta norma pertinente à posse *ad usucapionem*. Tal como o Código de 1916, o Estatuto de 2002 é preconceituoso, no sentido de considerar a usucapião como prescrição aquisitiva, reconhecendo apenas a prescrição extintiva ou liberatória, a partir do art. 189. Assim não procede, contudo, o art. 2.261 do Code Civil: “*Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire*”, nem o art. 1.900 do Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: “*La posesión para prescribir debe ser ostensible y continua*”.

No que concerne ao direito em que se funda, isto é, o de propriedade ou outro direito e sua autonomia, a posse se classifica em *jus possidendi* e *jus possessionis*. Ditas expressões, em latim, também não contam com tradução, nem indicam, de longe sequer, o seu significado. O *jus possidendi* é a posse que advém do direito de propriedade; o *jus possessionis* é a que decorre de um direito real de menor graduação que o direito de propriedade ou provém do exercício da própria posse ou de um direito real sobre o imóvel de outrem. É o caso da posse exercida pelo superficiário, usufrutuário, concessionário de uso especial para fins de moradia ou de direito real de uso, usuário, habitador. A posse exercida pelo comodatário e a do inquilino melhor se emolduram como direta, e não como *jus possessionis*.

A posse oriunda do direito de propriedade, o *jus possidendi*, tem função social por se tratar do dever a ser cumprido por todo titular do direito fundamental, *ex vi* da recomendação constitucional inscrita no art. 5º, XXIII, da Carta da República. Admitindo-se em parte a teoria objetiva de Ihering de que a posse é a exteriorização do exercício de um dos poderes inerentes à propriedade, como diz o art. 1.196 do Código Civil, ao conceituar possuidor, é certo afirmar que o *jus possidendi* tem função social, o que já não ocorre com o *jus possessionis*.

A posse proveniente do direito de propriedade ou do domínio útil — esta com origem na enfiteuse ou aforamento, que também

constitui direito de propriedade, ainda que limitado ao poder reduzido do senhorio direto — se traduz em *jus possidendi*. A posse exercida pelo titular do direito real de aquisição — que dispõe de promessa de compra e venda irretratável e irrevogável, registrada no Registro de Imóveis e já quitada com relação ao preço ajustado e ao pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel — se aproxima do *jus possidendi* do titular do direito de propriedade e se distancia da posse *jus possessionis*.

O promissário comprador naquelas condições é credor do direito à adjudicação do imóvel, nos termos dos arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil, e 216-B da Lei de Registros Públicos. Quando ele exerce o direito, não há como ser indeferido. O compromissário com título registrado é um possuidor *jus possidendi* por extensão, já que não pode ser destituído da posse por qualquer titular de direito real, sequer pelo compromitente, ou seja, pelo proprietário. Este se obrigou a transmitir o domínio ao compromissário, ocorrido o pagamento integral do preço. Logo, sua posse assim pode ser considerada.

No tocante à sua origem ou transmissão, a posse pode ser originária e derivada. A posse originária ou própria é a exercida pelo possuidor que a adquiriu por um dos modos originários como, *exempli gratia*, pela primeira ocupação ou investidura, ainda que clandestina. Não se verifica qualquer relação jurídica entre o antigo e o novo possuidor. A posse derivada se origina na transmissão que o antigo possuidor faz ao novo, gratuita ou onerosamente, ou decorre de uma ficção jurídica. Nessa espécie, *id est*, na derivada, há transmissão da posse por um dos modos de aquisição ou pelo direito sucessório. A primeira se denomina derivada simples; a segunda, derivada hereditária.

A posse derivada simples advém da investidura do possuidor no poder de inflexão em decorrência de negócio jurídico de transmissão *inter vivos*. O *tradens*, ou seja, o possuidor transmite a posse ao *accipiens*. Provém de qualquer transmissão verbal ou deriva de instrumento formal de cessão da posse, em que se infere sua aquisição por meio de um título, como compra e venda, compromisso de venda, cessão da promessa e promessa de cessão, permuta, doação, carta de arrematação ou de adjudicação e dação em pagamento.

A posse derivada hereditária é a oriunda de sucessão *causa mortis*, de que tratam os arts. 1.206, 1.207 e 1.784 do Estatuto Civil.

A posse advinda da sucessão *causa mortis* ou hereditária tem lastro no *droit de saisine* ou *saisine juris* de que cuida o art. 724 do Code Civil: “*Les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt*”. É o que também estabelece o artigo 1255º do Código Civil Português: “Por morte do possuidor, a posse continua nos seus sucessores desde o momento da morte, independentemente da apreensão material da coisa”. No mesmo sentido dispõe o art. 440 do Código Civil espanhol.

Quanto à titularidade do bem, a posse pode ser comum ou ordinária e legitimada. Aposse comum ou ordinária é a obtida por qualquer meio ou instrumento. Pode ser iniciada sem o consentimento do titular do domínio, com ou sem justo título, de boa ou de má-fé. Recai em imóvel pertencente à pessoa física ou jurídica de direito privado e não tem caráter social. A posse legitimada é a exercida sobre imóvel que integra o domínio das pessoas jurídicas de direito público, mas que não está discriminado, nem vem sendo utilizado no serviço público.

A posse legitimada tem fulcro em título expedido pelo poder público, que autoriza o possuidor a continuar no exercício do poder de inflexão, agora com documento público. Essa autorização origina a legitimação de posse sobre terras públicas federais (terras devolutas), como previsto nos arts. 97, 99 e 100 da Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra). Após a pessoa jurídica de direito público verificar que não há interesse em utilizar o imóvel, constituído por pequena área de terras devolutas, não discriminadas, apresentando-se bem aproveitadas pelo particular, autoriza a continuidade do seu exercício, preenchidos os requisitos elencados na norma legal, levando em conta que o possuidor já havia se investido no poder de inflexão. A posse legitimada também tinha previsão nos arts. 47, IV, e 60, da Lei nº 11.977/2009, que tratou do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e da regularização fundiária de assentamentos urbanos. De acordo com o art. 47, IV, a legitimação se originava de ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse. O art. 60 dispunha que, após decorrido o prazo de cinco anos da expedição do título de legitimação de posse, o titular podia

requerer ao Oficial do Registro de Imóveis sua conversão em título de propriedade, em vista da aquisição pela prescrição constitutiva (usucapião). Ambas as normas foram revogadas pelo art. 109, IV, da Lei nº 13.465/2017.

Atualmente a legitimação de posse está disciplinada no art. 25 da Lei nº 13.465/2017, consagrando que é instrumento de uso para fins de regularização fundiária. Consiste em ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual é reconhecida a posse de imóvel objeto da regularização fundiária urbana, constando a identificação dos possuidores, o tempo de exercício e a natureza da posse, que será conversível em direito de propriedade. Isto se dá após o decurso do prazo de cinco anos, preenchidos os requisitos do art. 183, da Carta Federal, de acordo com o disposto no art. 26, da Lei nº 13.465/2017.

Quanto ao objeto, a classificação pode ser dividida em dois grupos: a) posse de direito público e posse de direito privado; e b) posse sobre coisa própria e posse sobre coisa alheia. A posse de direito público recai em bens públicos que integram o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público; a de direito privado recai em bens particulares. A posse sobre coisa própria é o mesmo que *jus possidendi*, já estudado; a posse sobre coisa alheia é a que concerne aos direitos reais de gozo ou fruição e direitos reais de garantia.

No tocante ao primeiro grupo, tem-se que, comumente, vale dizer, *quod id plerumque accidit*, a posse recai sobre bem particular. A posse de direito público, quer dizer, a que incide sobre bens públicos, traduz-se na exceção, pois não é comum. Os bens públicos que possibilitam o exercício da posse pelo particular estão especificados nos arts. 20, I, II, IV, VII, e 26, II a IV, da Constituição Federal; 1º, "a", "b", "c", "e", "f" e 2º, do DL nº 9.760/1946; 98 e 99, III, do Código Civil. A posse de direito público tem origem em enfiteuse de terrenos de marinha, ocupação, legitimação de posse e concessão de uso especial para fins de moradia. Essa posse tem como fundamento a não utilização do bem no serviço público, objetivando radicar o indivíduo no solo, mantendo-se a União como titular do direito de propriedade (arts. 49, § 3º, do ADCT da Carta da República; 2.038, § 2º, do Código Civil, que manteve os arts. 678 e ss. da Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de

1916); 99 e ss. do DL nº 9.760/1946; 3º e 5º do DL nº 2.398/1987; 12 a 16 da Lei nº 9.636/1998; 3º, 5º a 8º, 13 a 16 e 25 a 27 da Lei nº 13.240/2015; art. 77, da Lei nº 13.465/2017, que deu nova redação aos arts. 1º e 9º, da Medida Provisória nº 2.220/2001).

No que diz respeito ao segundo grupo, a classificação quanto ao objeto pode ser dividida em posse sobre coisa própria e posse sobre coisa alheia. A posse sobre coisa própria é a proveniente do direito de propriedade. A posse sobre coisa alheia, como a própria classificação está a indicar, tem fulcro no desleixo do titular do direito de propriedade que não exerce o *jus possidendi* ou decorre da constituição de direito real de gozo ou fruição pelo proprietário, em prol de outra pessoa física ou jurídica. O rol exemplificativo desses direitos reais é apresentado no art. 1.225, II, IV a VI, VIII, e X a XII, do *Codex Civilístico*. O exercício da posse sobre coisa alheia pode ser indefinido, ou seja, perpétuo, como no aforamento — vedado o ajuste a partir da vigência do Código Reale (art. 2.038) —, vitalício, como no caso do usufruto, do uso e da habitação, ou temporário, como ocorre nos direitos reais de garantia: penhor, anticrese e alienação fiduciária.

3.2 Graduação possessória

A hierarquia das espécies de posse é tema não muito conhecido. Estudos realizados pelos civilistas limitam-se a classificar a posse, sem levar em conta a força e o poder que cada espécie dispõe, de acordo com sua origem. Há posse que advém da propriedade, outras posses que provêm de direitos reais, que se situam em um campo intermediário de força; algumas existem por si só, porque independem de título ou de contrato; outras dependem de título, de contrato de direito real ou pessoal, tendo validade provisória.

A hierarquia da posse é um estudo que imprescinde da identificação de sua espécie. Depois de identificada e emoldurada no âmbito da classificação, são concedidos mais direitos ou menos direitos ao titular sobre o bem, em caráter definitivo ou provisório. A proteção possessória e as providências judiciais são conferidas ao titular, de acordo com o grau e relevância da posse. A hierarquia vai desde a que está no topo à mais rudimentar, que só tem a aparência de direito real, mas que não passa de uma quimera possessória

(posse *fake*). Normas legais não se preocupam em apresentar uma valoração possessória, nem reconhecem a hierarquia ou o grau de posse para lhe conferir efeitos jurídicos. Por isso, faz-se mister perscrutar a posição em que ela se encontra para que o possuidor possa buscar a proteção possessória adequada, tema adiante abordado. Partindo da posse mais exponencial e descendo até a que é denominada como tal, apenas para efeitos doutrinários, a graduação é a seguinte: a) posse *jus possidendi*; b) posse *ad usucapionem*; c) posse *ad interdicta*; d) posse *jus possessionis*; e) posse direta; f) posse precária; e g) posse natural.

A posse *jus possidendi*, consoante foi visto no estudo da sua classificação, é a mais graduada de todas, porque advém do direito de propriedade, o mais real dos direitos reais. É a posse de primeira categoria. Tanto é que a lei põe à disposição do titular da posse *jus possidendi* duas medidas judiciais protetivas: a ação de reivindicação e a ação de reintegração. Se o titular nunca exerceu o *jus possidendi* deve ingressar com ação reivindicatória em desfavor de quem indevidamente possua ou detenha o imóvel, se quer se investir na sua posse. Se já a exerceu, perdeu e quer recuperar o *jus possidendi*, pode eleger uma ação ou outra. Sairá vencedor, salvo se o réu completou prazo para adquiri-lo pela prescrição aquisitiva.

No pertinente à classificação da posse quanto ao direito em que se funda, restou entendido, vale recordar, que a posse do promissário comprador, por equiparação, é *jus possidendi*. A equiparação requer que a promessa não contenha cláusula de retratabilidade, esteja registrada no Registro de Imóveis e conte com quitação do preço e pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel. Ele, no entanto, não pode propor ação de reivindicação.

A posse *ad usucapionem* ocupa o segundo lugar na linha decrescente. Ela está a um passo de se convolar em posse *jus possidendi*. O titular dessa espécie de posse já percorreu longo caminho. Vale para o fim da convalidação a teoria subjetiva de Savigny, que conta com o elemento subjetivo, o *animus rem sibi habendi*, vale dizer, possuir a coisa com a intenção de tê-la para si. Além dessa posse contar com as características imprescindíveis para que se credencie à transmutação em propriedade ou em outro direito real, sua vetustez é a responsável pela ascensão e alcance da posse *jus possidendi*.

De acordo com o que foi visto no estudo pertinente à sua classificação, a posse *ad usucapionem* é também protegida pelos interditos possessórios, ou seja, emoldura-se como *ad interdicta*. Toda posse *ad usucapionem* é *ad interdicta*, mas a recíproca não é verdadeira, porque o fato de a posse ser protegida não quer significar que o seu titular tenha a intenção de adquirir o bem pela prescrição aquisitiva. Trata-se da única posse que serve de supedâneo à aquisição do direito real de outrem pelo decurso do tempo, caso ele tenha deixado passar *in albis* o prazo para o exercício do direito de retomar o bem. A posse *ad interdicta* é a protegida pelas ações possessórias, ou seja, pelos interditos. Ainda que posicionada na terceira categoria na hierarquia possessória, traduz-se na posse que despertou no legislador a preocupação de protegê-la, pois se cogita que aquela, comumente, é exercida pela quase totalidade dos possuidores, como deixa entrever a leitura dos arts. 1.210 do Código Civil, 560 e ss., do Código de Processo Civil.

A posse *jus possessionis* ocupa o quarto lugar na linha decrescente. Consistindo na mais comum dentre as que são exercidas, identifica-se e imiscui-se com o próprio direito subjetivo real provisório, quando quem a exerce não dispõe de título. Igualmente é a que provém daquele que mantém alguma relação jurídica com o titular do direito de propriedade, como o superficiário, o usufrutuário, o concessionário do direito real de uso ou de uso especial para fins de moradia, o usuário e o habitador. A posse *jus possessionis* também é *ad interdicta*, porque protegida pelas ações possessórias contra quem molesta o titular do seu exercício.

A posse direta é a que resulta do seu desdobramento. Cuida-se de uma perda de posição, ou seja, de uma posse menos graduada que as anteriores, por ter origem em negócio jurídico, daí também ser denominada contratual, dependente, subordinada, derivada ou acessória, como foi visto no estudo da sua classificação. Deduz-se que se trata de uma posse temporária, em regra de pouca duração, quando se coteja com as demais.

Demais disso, traduzindo-se em posse limitada ao uso ou à guarda por prazo determinado — comodato, depósito, arrendamento de imóvel residencial ou rural e locação —, não dá origem a direito subjetivo real. O possuidor, no exercício provisório do direito subjetivo de índole pessoal, sabe que tem prazo para restituir o

bem, verificado o implemento do termo resolutivo ou final (*dies ad quem*). Na posse direta, o possuidor só tem possibilidade de exercer o *jus possessionis* mitigado durante a vigência do contrato, se vier a ser molestado por outrem ou pelo possuidor indireto (art. 1.197, *in fine*, do Código Civil).

A posse precária é a que estava classificada como direta, enquanto o contrato que lhe deu origem vigorava. Encerrado o prazo contratual, sem a restituição ou devolução da coisa, a posse desce mais um degrau, não para ser considerada detenção ou tenência, mas sim, para ser considerada contratualmente injusta. Ela era justa em razão da vigência do negócio jurídico ajustado por prazo determinado. No entanto, é transmutada em precária no dia seguinte ao *dies ad quem* do prazo contratual, incorrendo a restituição do bem.

A convalidação da posse justa e direta em precária ocorre independentemente de interpelação do possuidor direto, agora sem justa causa para continuar a exercê-la. O contato com o *corpus* estava subordinado ao tempo de uso previsto no negócio jurídico que lhe deu origem. Emoldurando-se no quadro das espécies de posse injusta, *ex vi* do art. 1.200 do Estatuto Civil, a posse precária não tem como subsistir. Resta caracterizado o esbulho indireto. Depois da não restituição do bem, a posse precária se aproxima da detenção.

A posse natural é a de nível mais baixo por não se tratar do exercício do poder de inflexão. É a que os negacionistas da natureza jurídica da posse como direito real chamam de poder de fato. Este, sim, bem caracteriza a detenção, e não a posse que dispõe do indigitado poder. Quem está submetido a ordens e instruções do verdadeiro possuidor exerce simples poder de fato sobre a coisa. O detentor não tem independência no contato físico, nos termos do art. 1.198 do Código Civil. Por isso é chamado de tenente, fâmulos ou serviçal da posse.

Entrementes, cumpre observar, que esse mais reles nível de posse (aparente) não deve ser inteiramente desprezado e excluído da graduação possessória. O sobredito art. 1.198 não nega que o detentor “conserva a posse em nome deste”, ou seja, em nome do possuidor. Admite que há uma transferência do exercício inteiramente subordinado. O encargo confiado ao detentor pelo

possuidor refere-se apenas ao trato da coisa. Essa transferência de exercício mitigado pode resultar em abuso de confiança em devolvê-la. Designando a detenção como *tenencia*, o art. 1.940 do Código Civil e Comercial da Nação Argentina apresenta seus *efectos propios*, e o artigo 1311º, item nº 1, do Código Civil Português, na mesma direção do sobredito art. 1.128 da Lei Civil estatui que a “ação de reivindicação” pode ser intentada pelo proprietário da coisa, em desfavor de qualquer possuidor ou detentor, para exigir o reconhecimento do seu direito de propriedade.

4. Aquisição e perda da posse

A aquisição da posse se concretiza pelos modos adequados à natureza do bem, sejam estes originários ou derivados, segundo haja ou não transmissão do seu exercício. A aquisição ocorre no momento da investidura do possuidor, em nome próprio, no poder de inflexão, tornando possível o exercício de uso e fruição, e de conservação da coisa, que o art. 1.204 do Estatuto Civil denomina exercício “de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”. Quando não há transferência da titularidade da posse do *tradens* para o *accipiens*, o modo é originário; ao reverso, em havendo, é derivado. Os modos originários de aquisição da posse são: a apreensão da coisa e o exercício do direito, segundo se trate de bem móvel ou de imóvel. Os modos derivados são: a tradição e o direito hereditário.

Em se tratando de bens móveis, o modo originário de apreensão pode ser considerado o ato jurídico de tomar para si um bem descartado. Este modo de aquisição da posse algumas vezes se confunde com o modo originário de aquisição da propriedade móvel, que tem *nomen juris* assemelhado. É o caso da caça, pesca, invenção (descoberta) e tesouro, modos de aquisição da propriedade chamados de ocupação (arts. 1.263 e ss. do Código Civil).

No tocante aos bens imóveis, o exercício do direito é o modo originário, regulado pelo art. 1.205, I e II, da Lei Civil. Dito exercício pode ter início diretamente pelo possuidor com justo título, de acordo com o disposto no art.1.201, parágrafo único, dando início a uma posse justa e de boa-fé. Pode ter início também por esbulho possessório praticado com violência ou grave ameaça ao possuidor e por meio da clandestinidade. Malgrado rotuladas

de injustas, essas formas de investidura, ainda que ilícitas, servem como modos de aquisição. Essas duas posses, já estudadas, recorda-se, encontram-se no art. 1.200 c/c o art. 1.208 do Estatuto Civil.

O modo de aquisição pelo exercício do direito de forma indireta, constante do art. 1.205, I, *in fine*, ocorre quando a pessoa interessada delega à outra a investidura na posse. Pode ser adquirida por procurador com mandato escrito ou verbal. Ao adquirir a posse para outrem, o procurador age como detentor. A aquisição por terceiro sem mandato é um arremedo de gestão de negócio (art. 1.205, II, c/c os arts. 861 e 873 do Código Civil).

O primeiro modo derivado de aquisição da posse e também da propriedade dos bens móveis é a tradição. A tradição pode ser real, ficta e consensual. As espécies são analisadas.

Na tradição real ou efetiva, como o próprio nome está a indicar, o *tradens* entrega o bem móvel nas mãos do *accipiens*, *exempli gratia*, um livro. Na tradição ficta ou simbólica, a entrega se consuma por uma ficção jurídica. A transmissão fictícia da posse se deve a um representativo da coisa ou se dá por meio de palavras ou gestos como, *verbi gratia*, a entrega das chaves de um imóvel construído, de um veículo, embarcação, *jet ski*, aeronave ou de uma máquina de grande porte. Igualmente é o caso do consentimento dado pelo *tradens* para a investidura do *accipiens*, possuidor adquirente. Na consensual ou subentendida, ocorre uma mudança do caráter possessório. O titular do direito real provisório, que possui em nome alheio, passa a possuir em nome próprio. Pode ocorrer o reverso, o possuidor em nome próprio passa a possuir em nome alheio, *ex vi* da celebração de um negócio jurídico.

A tradição consensual se classifica em *traditio brevi manu* e *constitutum possessorium*.

Na primeira, o possuidor em nome alheio passa a possuir em nome próprio. Assim, exercendo o direito de preferência de que trata o art. 27 da Lei nº 8.245/1991, a inquilina adquire o imóvel, sendo investida na condição de proprietária, com o registro do título de aquisição. Pela *traditio brevi manu* há transmutação da posse de *jus possessionis* mitigada (direta) para *jus possidendi* com o registro do *titulus adquirendi*. Da *traditio brevi manu* cuida o art. 1.267, § único, *in fine*, do Estatuto Civilístico. No *constitutum possessorium*, também

conhecido como *clausula constituti* ou constituto possessório, o possuidor em nome próprio passa a possuir em nome alheio. Como exemplo, tem-se que a proprietária vende seu apartamento, aceitando a oferta, ajustando com a compradora permanecer no imóvel até seis meses da data da escritura de venda. Durante esse tempo, a vendedora, ex-proprietária, passa a exercer posse sobre o imóvel *ex vi* do constituto possessório, agora em nome alheio. Ela, que era possuidora *jus possidendi*, passa a exercer posse *jus possessionis* mitigada (direta) durante os seis meses, como comodataria ou locatária, de acordo com o que convencionou com a adquirente. Do *constitutum possessorium* trata o art.1.267, par. Único, da Lei Civil.

A aquisição da posse pelo direito hereditário ou direito sucessório também se dá por tradição. Tem fulcro na *saisine jûris* ou *droit de saisine*, consoante arts. 724 do Código Civil francês, 1.572 do Código Bevilacqua e 1.784 do Código Reale. É modo de aquisição derivado de todos os bens móveis ou imóveis. Trata-se de uma tradição fundada na ficção *saisine juris*, em que o *de cujus* chama seus herdeiros legítimos ou testamentários para tomar posse da herança, a fim de que, desde logo, se invistam nos poderes de inflexão, conservação, uso e fruição, de modo que os direitos dela decorrentes não sejam violados por terceiros.

A indigitada ficção jurídica tem supedâneo nos poderes inerentes à posse. Sobre esse modo de aquisição derivado, há que se reverenciar ainda o art. 1.206 do Estatuto, que amplia o direito hereditário para direito sucessório, incluindo o legado. De acordo com esse preceptivo legal, a posse da herança (sucessão universal) ou do legado (sucessão singular) é transmitida com os mesmos caracteres da exercida pelo hereditando.

No exame do modo derivado de aquisição da posse, cumpre investigar se a tradição ocorre a título universal ou singular. A tradição a título universal se dá somente no direito hereditário, em que o sucessor continua a exercer a posse do seu antecessor. A tradição a título singular deriva da aquisição do bem por compra ou de legado deixado em testamento celebrado pelo *de cujus*, encerrado o inventário. Na sucessão singular é facultado ao *accipiens* ou ao legatário unir sua posse à do antecessor ou dar início a uma nova posse para os efeitos legais. É o que dispõe o preceptivo inscrito no art. 1.207 do Código Civil.

Aquele que exerce arremedo de poder sobre o bem proveniente de permissão ou tolerância do possuidor não adquire posse. Os atos direcionados à coisa podem cessar a qualquer momento, bastando que o possuidor notifique ou interpele o beneficiário judicial ou extrajudicialmente, sob pena de ele suportar os efeitos da ação judicial adequada a retirá-lo do contato físico com o bem. É o que estabelecem os arts. 1.208, primeira parte, da Lei Civil, e 2.262 do Code Napoléonien. Este assim dispõe: “*Les actes de purê faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription*”.

A perda da posse pode ser analisada em razão da ausência dos elementos *corpus* e *animus* (arts. 1.223 e 1.224 do *Codex*). Com relação aos dois elementos, a perda ocorre por abandono e por tradição. Quando decorre do *corpus*, dá-se por perda da coisa, por esta ter sido posta fora do comércio, por sua destruição, esbulho, arrematação em hasta pública ou venda em execução judicial ou extrajudicial, ou por concessão da liminar de imissão provisória na posse em favor do poder público, na ação de desapropriação. Em virtude do *animus*, a perda ocorre pela tradição consensual.

5. Consecutários da relação possessória

Dentre os consecutários da posse, podem ser destacados: a) a defesa extrajudicial (legítima defesa e desforço imediato); b) a percepção dos frutos; c) o direito à indenização por acessões e benfeitorias e direito de retenção; e) a aquisição do direito de propriedade ou de outro direito real pela prescrição constitutiva; e f) a faculdade de invocar os interditos (direito de propor as ações possessórias). Malgrado a relevância das cinco consequências do seu exercício, tem-se que os mais exponenciais são a aquisição do direito de propriedade ou de outro direito real pela prescrição constitutiva e o direito de propor as ações possessórias. Embora não seja comum, assume certa relevância o direito de o possuidor *jus possessionis* — e, mais ainda, o *jus possidendi* — fazer cessar a molestação à posse ou recuperá-la pelas próprias mãos, ocorrendo turbação ou esbulho, respectivamente. Considerando sua relevância, as ações possessórias encerram o estudo dos efeitos da posse.

5.1 Defesa extrajudicial da posse

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

A legítima defesa e o desforço imediato são direitos que provêm do exercício da posse, espécies de defesa extrajudicial que autoriza o seu titular, respectivamente, a nela se manter, no caso de turbação, ou recuperá-la, no caso de esbulho, sem que o possuidor tenha necessidade de ingressar em juízo para fazer cessar a turbação ou ser reintegrado. Para tanto, é mister que o faça incontinenti. Tão logo tome conhecimento da continuidade da turbação ou de ter havido esbulho, deve dar início aos atos de defesa ou de desforço, sob pena de, em não agindo prontamente, perder o direito à proteção extrajudicial da posse.

Dispositivo constante da Parte Geral do Código Civil reconhece a legítima defesa como causa de exclusão da ilicitude civil (art. 188, I). Na Parte Especial, a excludente inclui a legítima defesa propriamente dita e o desforço imediato. Este se traduz na legítima defesa de esbulho que acaba de ocorrer, admitida pelo art. 1.210, § 1º, do *Codex Civil*. Diversamente da excludente da ilicitude penal, que autoriza o ofendido a revidar injusta agressão atual ou iminente a direito próprio ou de outrem, a excludente civil milita apenas em prol do possuidor que suportou o esbulho, rechaçando que outra pessoa revide a agressão no seu lugar, embora ele possa ser auxiliado por familiares, amigos e empregados. A defesa da posse no Código Civil Português pode se dar por ação direta ou judicial, de acordo com o artigo 1277º c/c o artigo 336º. No Código Civil e Comercial argentino, o desforço imediato está previsto no art. 2240, incidindo nos casos em que o auxílio da autoridade judicial ou policial possa chegar demasiadamente tarde.

Os elementos constitutivos da legítima defesa penal são extraídos do art. 25 do Estatuto Repressivo. Tomados por empréstimo para a excludente civil, são requisitos da defesa extrajudicial: a) que haja uma agressão atual ou iminente à posse exercida pelo titular; b) que seja injusta; c) que o possuidor utilize os meios necessários para repeli-la; e d) que os meios sejam utilizados moderadamente. Para o desforço imediato ser considerado excludente da ilicitude civil, é exigido que a agressão tenha acabado de ocorrer. A reação do possuidor deve vir imediatamente, vale dizer, *in ipso congressu*, estendendo-se ao momento em que o possuidor toma conhecimento do esbulho perpetrado.

>>|

<< Sumário

Se o possuidor é esbulhado do exercício da posse de um imóvel situado na comarca em que reside, ao tomar conhecimento do fato deve imediatamente se dirigir ao local por qualquer meio de transporte para recuperar o poder de inflexão. Se o imóvel esbulhado se situa em outra comarca, Estado ou outro país, é considerado de imediato o tempo demandado para ele se deslocar, igualmente, por qualquer meio de transporte, inclusive de avião, desde que se interesse em estar presente no local no menor tempo possível. Se não comparece ao local de imediato, só lhe resta, quando retornar, propor ação de reintegração de posse. Os demais elementos exigidos para a defesa extrajudicial são o emprego dos meios necessários a repelir a injusta agressão à posse e a moderação do uso desses meios. Caso contrário, ocorrerá *excessus defensionis*, respondendo o possuidor civil e penalmente pelo resultado obtido.

Durante a vigência integral da Lei n.º 14.118/2021, que instituiu o Programa Casa Verde e Amarela (PCVA), a legítima defesa e o desforço imediato podiam ser exercidos no prazo de cinco dias, contados da ciência da turbacção ou do esbulho. É como dispunha o art. 16, § 2º, do precitado diploma legal. Revogados os arts. 1º a 16 e 25, pelo art. 43, II, da Lei n.º 14.620/2023, que revigorou o Programa Minha Casa Minha Vida, ainda têm lugar as duas espécies de defesa extrajudicial da posse. O art. 21 da Lei n.º 14.118/2021 alterou as normas da Lei n.º 11.977/2009, que instituiu o sobredito Programa, dentre elas o art. 7º-D, §§ 1º e 2º. Esses dois parágrafos garantem a posse dos bens ainda não alienados aos beneficiários finais que venham a suportar turbacção ou esbulho. Para assegurar a manutenção ou a reintegração extrajudicial, podem os titulares exercer a legítima defesa e o desforço imediato no prazo de cinco dias, contados da ciência dos atos, inclusive com o auxílio da força policial.

Cumprir observar que “fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima”, constitui crime de ação privada, tipificado no art. 345 do Código Penal. No entanto, o legislador exclui a injuridicidade do agir extrajudicialmente ao dispor: “salvo quando a lei o permite”. A norma inscrita no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, autorizando o possuidor a fazer justiça com as próprias mãos, defendendo a agressão à sua

posse, traduz-se exatamente na previsão do preceptivo legal, quando encerra o tipo penal com a expressão “salvo quando a lei o permite”. Com isso, resta afastada qualquer dúvida de que o possuidor não possa exercer a defesa extrajudicial da posse, preenchidos os requisitos legais exigidos.

5.2 Direito à percepção dos frutos

A percepção dos frutos é um consectário do exercício da posse que pode ou não se traduzir em direito do possuidor. Trata-se de um efeito amplo ou reduzido. Pode ser que o possuidor vencido em ação de conhecimento ou de execução não tenha direito aos frutos. Tudo dependerá da espécie de posse que ele exerce, no que se refere ao desconhecimento ou ao conhecimento que o impede de adquirir a coisa, *id est*, se ele a exercia de boa ou de má-fé.

De acordo com as normas inscritas nos arts. 1.214 a 1.216 do Ordenamento Civilístico, sendo o possuidor vencido em ação fundada em posse ou propriedade (reintegração, reivindicatória ou imissão), terá ou não direito à percepção dos frutos. Estes podem ser naturais, industriais e civis, como legumes e frutas em geral, produtos manufaturados, rendimentos, aluguéis, juros e correção monetária. Desconhecendo o vício que impede o possuidor de adquirir o bem, consoante dispõem os arts. 1.201 a 1.203, enquanto estiver de boa-fé, tem direito aos frutos percebidos. Cessando a boa-fé ao possuidor, é vedado colher os frutos, podendo ser compelido a restituí-los se o fizer, depois de abatidas as despesas de produção e custeio (art. 1.214 da Lei Civil). Isso ocorre quando ele passa a conhecer o vício (art. 550, 2ª parte, do Código Civil francês) ou o possuidor é citado para responder aos termos de ação de reintegração ou de imissão de posse ou de ação reivindicatória, levando em conta os efeitos do ato de convocação para integrar a relação processual, conforme dispõem os arts. 238 e 240 do Estatuto Processual.

No caso de o possuidor iniciar o exercício da posse conhecendo o vício que o impede de adquirir o imóvel, não tem direito de colher os frutos. Seu direito se resume na indenização das despesas de produção e custeio das incorporações naturais. Nada mais lhe é conferido (art. 1.216 do Código Civil).

5.3 Direito à indenização por acessões e benfeitorias e direito de retenção

Consoante pode ser inferido da má vontade legislativa, na expressão “indenização das benfeitorias necessárias e úteis”, a que alude o art. 1.219, inclui-se o direito de o possuidor ser ressarcido das acessões. Se as benfeitorias são obras realizadas na coisa principal ou na acessória, com a finalidade de conservá-la, melhorar o seu uso ou embelezá-la, não se vê como deixar de fora a indenização, v. g., do valor de uma pequena casa construída pelo possuidor no terreno de outrem (possuidor ou proprietário), toda vez que ele é vencido em ação de reintegração ou de imissão de posse ou, ainda, em ação reivindicatória, estando de boa-fé. Pode também levantar as benfeitorias voluptuárias. É o que está previsto no art. 1938, quando o Código Civil e Comercial argentino cuida da “*indemnización y pago de mejoras*”.

A inclusão das incorporações ou acessões (naturais e artificiais), referidas na parte final do art. 79 da Lei Civil, no direito de o possuidor ser indenizado, estando de boa-fé, se justifica: a uma porque o ordenamento positivo não comunga com o enriquecimento sem causa, de acordo com o art. 884; a duas, em decorrência do fato de que as acessões se traduzem em incorporações de maior valor do que obras realizadas no bem com os objetivos identificados no art. 96 e §§ 1º a 3º do Código Civil. Não faz sentido o vencedor indenizar o valor das obras necessárias e úteis e não indenizar ao vencido as despesas de material e de mão de obra referentes ao que plantou ou erigiu no imóvel que terá que desocupar.

O direito de retenção é um arremedo de direito de extensão, corolário do direito de indenização por acessões e benfeitorias. Consiste no fato de o possuidor poder prorrogar, por ordem judicial, a restituição do bem, até que venha a ser pago integralmente por tudo o que despendeu no imóvel. Tem fundamento, igualmente, no art. 1.219 do Estatuto Civil, estando, evidentemente, de boa-fé. Os Enunciados do Conselho da Justiça Federal não têm a mesma força da jurisprudência predominante dos tribunais superiores. O Enunciado 81 da I Jornada de Direito Civil, porém, comunga com esse entendimento: “O direito de retenção previsto no artigo 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias”.

O Estatuto Processual faz previsão do direito de retenção decorrente da realização de acessões e benfeitorias, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução. No processo de conhecimento, a previsão consta do art. 538, §§ 1º e 2º, que vincula o possuidor — se quiser ser indenizado e exercer o direito de retenção — a requerer o benefício na contestação, discriminando e comprovando os gastos com a realização das acessões e benfeitorias, além de a eles atribuir valor.

O art. 810 e seu parágrafo único da Lei Processual estabelecem que, no processo de execução, havendo acessões e benfeitorias indenizáveis, urge que se proceda à prévia liquidação, a qual é obrigatória. Passada a oportunidade, o possuidor, vencido nas ações possessória (reintegração) e petitórias (reivindicatória e de imissão de posse), poderá, ainda, deflagrar, embargos de retenção por acessões e benfeitorias necessárias e úteis, consoante o disposto no art. 917, IV, do mesmo diploma processualístico. Tal como na contestação do processo de conhecimento, urge que, na inicial dos embargos, o possuidor discrimine as despesas pertinentes às acessões e benfeitorias, comprovando-as com documentos e atribuindo o valor a ser indenizado.

5.4 Prescrição constitutiva

A lei estabelece prazo para o titular do direito real assumir comportamento positivo. Ele tem o ônus de agir comissivamente para protegê-lo. Quando deixa de fazê-lo, o decurso do tempo se encarrega de transferir o direito para o patrimônio de outrem ou de extingui-lo, impedindo que jamais possa exercê-lo, seja por que via for. Enquanto não ocorre o implemento do termo resolutivo para exigir o cumprimento do dever jurídico, o titular do direito subjetivo deve assumir conduta comissiva dentro do prazo estabelecido em lei, *id est*, um *facere* no tempo designado pela norma legal. Se assim não procede, vai assistir à aquisição empreendida por aquele que tinha o dever jurídico de se abster do exercício da posse sobre o seu bem.

O espaço de tempo decorrido é o fundamento para o fato jurídico em que se adquire ou se extingue direito subjetivo, o verdadeiro conteúdo da prescrição, seja qual for sua espécie. Trata-se de arremedo de sanção imposta pela norma jurídica que estabelece

prazo para o seu exercício. O transcurso do tempo é a advertência inscrita na norma legal de que o direito do titular será adquirido por outrem, caso não tome providência que demonstre o seu exercício. Além de estabelecer prazo para o exercício do direito, a lei — a este prestando reverência — motiva o titular a assumir condutas que revelem a vontade de não o deixar extinguir, colocando à sua disposição causas interruptivas da prescrição, por intermédio de simples providências que enumera. Se pelo menos assim procede, afasta o decurso do prazo que serve de lastro à consumação da prescrição, que pode ser constitutiva para o possuidor e desconstitutiva para o titular do direito de propriedade ou de outro direito real.

A prescrição constitutiva, aquisitiva, positiva, mais conhecida como usucapião, é o fato jurídico em sentido amplo em que o possuidor adquire direito de propriedade ou outro direito real, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular, preenchidos os requisitos legais. Além de fato jurídico, a usucapião é efeito da posse, prescrição aquisitiva na sua única forma e modo de aquisição de direito real submetido ao Registro Imobiliário.

No caso da propriedade, por meio do exercício prolongado da posse sobre o bem, o possuidor adquire o direito em virtude do fluxo do tempo e da inércia do titular. Dá-se a transferência do *jus possidendi*. A substituição de titularidade dessa espécie de posse, exclusiva de quem é proprietário, verifica-se em razão de ele ter deixado que o possuidor — com quem não mantinha qualquer relação jurídica, nem lhe era subordinado — utilizasse e desfrutasse do seu bem. Iniciado o exercício do poder de inflexão com ou sem justo título, de boa ou de má-fé, por meio de violência ou de clandestinidade, caracterizando *jus possessionis*, um pouco mais adiante se convola em posse *ad interdicta*, avança com a posse *ad usucapionem* para, decorrido o prazo estabelecido em lei, ser convalidada em *jus possidendi* pela sentença proferida na ação de usucapião ou pelo acatamento do pedido pelo Oficial do Registro na usucapião extrajudicial.

O fato jurídico *lato sensu* que produz os efeitos ressaltados — perda do direito pelo titular e concomitante aquisição por quem não era — se deve ao comportamento do proprietário, proclamando ele próprio que não mais lhe interessa o uso, a fruição e o maior

dos direitos inerentes ao domínio, o de dispor do bem. O titular do direito deixa a entender que não mais lhe interessa ser proprietário do bem (Vieira, 2015b, p. 36). Nisso se funda a usucapião ou prescrição aquisitiva ou constitutiva. Como diz Rabinovich-Berkman (2006, p. 183): *“El otro concepto en que descansa la usucapión es el de que la tierra debe pertenecer a quien la ‘usa’.*

A prescrição constitutiva ou aquisitiva tem lugar como consequência do desprezo do exercício do direito real registrado em seu nome. Ao completar o prazo exigido por lei, apto à conversão do direito subjetivo em outro, o possuidor necessita apenas do decreto judicial ou da escritura pública de reconhecimento para ser tido como proprietário. Obtendo, deve levar um desses títulos ao Registro Imobiliário, na observância do princípio da continuidade do registro (ou da cadeia imobiliária), nos termos do art. 167, I, 28, da Lei nº 6.015/1973, passando de possuidor a titular do direito real, antes pertencente a outrem.

Esse fato jurídico *lato sensu*, conseqüência da posse e modo de aquisição da propriedade, é um direito garantido ao possuidor que usa e frui o bem do proprietário, tanto na Lei Maior, como no Código Civil e nas leis esparsas (arts. 183 e 191 da Carta da República; arts. 1.238 e ss., do Código Civil; art. 1º e ss., da Lei nº 6.969/1981; arts. 9º e 10 da Lei nº 10.257/2001; art. 216-A e §§ da Lei nº 6.015/1973). Por isso, a prescrição constitutiva, como diz Vieira, 2015a, p. 78 “[...] pode ser arguida em defesa pelo possuidor não proprietário, nas ações petitórias e possessórias, quer na *contestação*, quer *através de reconvenção*”, no permissivo dos arts. 7º da Lei nº 6.969/1981 e 13 da Lei nº 10.257/2001, além do verbete da Súmula 237 da Suprema Corte.

A usucapião é tratada ora como modo de aquisição da propriedade, ora como efeito da posse pelo *Code Civil*, na redação da Lei 561, de 17 de junho de 2008. O art. 712 do Código Napoleônico dispõe que: *“La propriété s’acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription”*, e o art. 2258 preconiza que: *“La prescription acquisitive est un moyen d’acquérir un bien ou un droit par l’effet de la possession sans que celui qui l’allègue soit obligé d’en rapporter un titre ou qu’on puisse lui opposer l’exception déduite de la mauvaise foi”*.

Para o Código Civil Português, a prescrição aquisitiva, chamada de usucapião, está vinculada à posse, pois a encarta no Capítulo VI,

do Título I, do Livro III, referente ao Direito das Coisas, e não como modo de aquisição da propriedade. Esse capítulo vem logo após aos que se referem aos efeitos da posse e à sua defesa, em continuidade, como se fora uma das suas consequências, além de reconhecer que à usucapião se aplicam as regras da prescrição (artigo 1292º). Nas Disposições Gerais, conceitua a prescrição aquisitiva no artigo 1287º:

A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua actuação: é o que se chama usucapião.

Já o *Código Civil e Comercial* argentino estatui, no art. 1897, que: *“La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”*. Ratificando a assertiva de que na prescrição se dá a aquisição de direito, o diploma civilístico argentino complementa no art. 2565 que: *“Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los artículos 1897 y siguientes”*.

Diferentemente dos diplomas legais ressaltados, que se pautam pela técnica condizente com sua natureza jurídica, a usucapião é tratada na Lei Civil apenas como modo de aquisição da propriedade em geral (arts. 1.238, ss. e 1.260 a 1.262). Em momento algum o diploma civilístico a reconhece como prescrição aquisitiva, tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial pertinente ao Direito das Coisas. Para o legislador só existe uma prescrição: a extintiva. Equivocadamente chama a prescrição de perda da pretensão (artigo 189), demonstrando desconhecimento e um preconceito injustificável no atinente à natureza dessa espécie de fato jurídico, *id est*, a prescrição aquisitiva na sua única forma. Além do preconceito, o Estatuto Nacional se olvida de que essa espécie de prescrição se presta a adquirir, pelo decurso do tempo, além da propriedade, enfiteuse, superfície, servidão predial, direito real de aquisição (direito do promitente comprador), concessão de direito real de uso e até linha telefônica (arts. 1.225, II, III, VII, XII, e 2.038, ambos do Código Civil, e Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça).

A conversão da posse em propriedade ou em outro direito real pelo decurso do tempo e inércia do titular imprescinde dos seguintes requisitos: a) coisa comercialmente hábil a ser adquirida; b) posse com cinco características; c) decurso do tempo; d) decreto judicial ou decisão administrativa em procedimento extrajudicial; e e) transcrição da sentença ou da decisão administrativa no Serviço do Registro de Imóveis da circunscrição competente. A ausência de um desses requisitos, salvo o registro da sentença ou da decisão administrativa —que é declaratório e não constitutivo— não transforma a posse em propriedade ou em outro direito real. Procede-se ao exame desses requisitos.

O bem objeto de aquisição pela usucapião deve ser suscetível de ser negociado, vale dizer, há que se tratar de coisa *in commercium*. Chamado pela doutrina de *res habilis*, o art. 1936 do Código Civil espanhol dispõe que: “*Son susceptibles de prescripción todas las cosas que están en el comercio de los hombres*”. O art. 2260 do Código Civil francês estabelece que não é possível prescrever bem ou direito fora do comércio: “*On ne peut prescrire les biens ou les droits qui ne sont point dans le commerce*”. Conclui-se, portanto, que só os bens que estão “no comércio” são passíveis de aquisição pela prescrição aquisitiva.

No caso brasileiro, estão fora do comércio, *exempli gratia*, os bens públicos — aí se incluindo as terras devolutas e os terrenos de marinha — e os bens gravados com cláusula de inalienabilidade. Sobre bens públicos não só a Lei Maior como diversos diplomas legais e antigo verbete sumular da Corte Suprema são expressos no sentido de que eles são imprescritíveis, como se vê da leitura dos arts. 183, § 3º, e 191, § único, da Carta da República; 102 do Código Civil; 200 do Decreto-Lei nº 9.760/1946; 1º da Lei nº 6.428/1977, e da Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal.

A posse exercida sobre o bem do titular do domínio, vale dizer, a posse *ad usucapionem*, deve contar com cinco características. São elas: a) ter o possuidor a intenção de ser dono da coisa, com demonstração ostensiva, isto é, com *animus domini*; b) ser o possuidor independente ou não contratual; c) ser mansa e pacífica; d) ser ininterrupta na contagem do prazo; e e) ser exercida sem oposição ou contestação. Esses atributos devem estar presentes e são concorrentes. A falta de um deles, tal como ocorre com a falta de um dos requisitos, joga por terra abaixo os efeitos do exercício prolongado da posse.

A intenção do possuidor de convolar a posse em propriedade deve ser pública, ostensiva e conhecida por todos os indivíduos que residem na localidade. A ostentação do exercício do poder de inflexão sobre o bem alheio deve ser de tal modo que os indivíduos participativos da sociedade local pensem até que o possuidor é o proprietário, como se estivesse exercendo o *jus possidendi*. A posse parcimoniosamente exercida, com certo respeito ao titular, malgrado independente, não se presta à usucapião.

Como foi visto no estudo das suas espécies, com a apresentação da classificação em que se destaca a posse *ad usucapionem*, os arts. 2261 do Código Civil francês e 1900 do Código Civil e Comercial argentino são expressos nesse sentido. O primeiro passo do possuidor para transformar o direito subjetivo real provisório em definitivo, pelo decurso do tempo, é ser obstinado nesse *desideratum*, dando publicidade à intenção. A posse exercida ostensivamente é uma posse pública, demonstradora do *animus rem sibi habendi*. Nesse sentido, também o art. 1941 do Código Civil espanhol: “*La posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida*”.

A posse que serve à prescrição aquisitiva é aquela exercida com absoluta independência, sem qualquer vinculação contratual ou subordinação do possuidor ao titular do direito de propriedade ou de outro direito real. É a posse independente, não contratual, sem subordinação ao senhorio. O possuidor não mantém qualquer relação jurídica com o titular do direito real. Ele não exerce posse decorrente do desdobramento por contrato que origina direito real ou pessoal. O possuidor não pode exercer posse em nome alheio, *id est*, posse direta. Quer significar que ela não pode ser contratual. Por isso, não podem adquirir por prescrição o superficiário, o usufrutuário, o habitador, o locatário, o depositário, o comodatário e todos que exercem posse subordinada. Deve exercer a posse em nome próprio, em caráter definitivo, *ex vi* de um justo título, ou mesmo em razão de violência ou clandestinidade cessadas (arts. 1.200 e 1.208 do Estatuto Civil). Nesse sentido, o disposto no artigo 2266 do Código Civil francês: “*Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi, le locataire, le dépositaire, l’usufruitier et tous autres qui détiennent précairement le bien ou le droit du propriétaire ne peuvent le prescrire*”.

A posse que se presta à usucapião deve ser mansa e pacífica. Enquanto a violência ou a clandestinidade não cessar, vale dizer, enquanto injusta no sentido estrito do seu significado, a contagem do prazo não se inicia. Não só os sobreditos arts. 1.200 e 1.208 do Código Civil, como também o artigo 2263, *in fine*, do Code Civil, assim dispõem. A propósito da parte final desse preceptivo legal: “*La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé*”.

O exercício da posse não pode ser interrompido durante a contagem do prazo. Se isto vier a ocorrer durante o prazo estabelecido para a aquisição do direito real pela prescrição, sem que o possuidor, ao menos, desdobre o seu exercício, por meio de um possuidor indireto, o tempo decorrido antes da interrupção não é aproveitado. Deve reiniciar o exercício para um novo lapso de tempo contar, até atingir o estabelecido em lei para a espécie de usucapião. À interrupção da prescrição aplica-se o art. 1.244 c/c o art. 202 e parágrafo único do Código Civil. Para o Direito Civil francês, a interrupção da prescrição ocorre sempre que a privação do exercício ocorrer por mais de um ano (art. 2.271 do Código de Napoleão).

Durante a contagem do prazo para a aquisição do direito de propriedade ou outro direito real pela prescrição, a posse não pode ser contestada pelo titular ou interessado, como, *v.g.*, o sucessor *inter vivos* ou *mortis causa*. Se o proprietário ou seu sucessor se opuser por meio de ação petítória ou possessória durante o lapso temporal, antes de o possuidor completar o prazo estabelecido para a espécie de usucapião, não adquirirá o direito. O prazo para adquirir a propriedade pela prescrição constitutiva é estabelecido em lei. Para cada espécie de usucapião, a norma legal inscrita na Lei Suprema, no Estatuto Civilístico, na legislação extravagante e na estrangeira, fixa um prazo, que deve ser conjugado com outros requisitos (arts. 183 e 191 da Constituição Federal; arts. 1.238 a 1.242 do Código Civil; arts. 1º e ss. da Lei n.º 6.969/1981; arts. 9º e 10 da Lei n.º 10.257/2001; arts. 2.272 e 2.273 do Code Napoléonien; artigo 1294º do Código Civil Português; arts. 1.898 e 1.899 do Código Civil e Comercial argentino). No que atine ao prazo de exercício, o possuidor pode unir sua posse à de seu antecessor, de acordo com o estatuído nos arts. 1.243 do Código Civil; 10, § 1º, da Lei n.º 10.257/2001; 2.265 do Código Civil francês e 1.901 do Código Civil e Comercial argentino.

Para a aquisição da propriedade pela usucapião, é mister que haja reconhecimento judicial ou administrativo da convolação da posse *ad usucapionem* em posse *jus possidendi*. Isto se dá, tradicionalmente, com a sentença que julga procedente o pedido formulado pelo autor da ação de usucapião proposta pelo possuidor em desfavor do proprietário. Admite-se o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião na contestação ou reconvenção deflagrada nas ações petitórias (reivindicatória ou de imissão de posse) ou, ainda, na ação de reintegração de posse (Súmula 237 do Supremo Tribunal Federal; art. 7º da Lei n.º 6.969/1981; art. 13 da Lei n.º 10.257/2001; e art. 1.905 do Código Civil e Comercial argentino).

Mais recentemente, passou a ser admitida a transmutação da posse em propriedade pela via administrativa (usucapião extrajudicial). Nesse caso, o Oficial do Registro de Imóveis reconhece o preenchimento dos requisitos elencados na Lei de Registros Públicos, em forma de escritura pública, após a apresentação de documentos enumerados no preceptivo legal de regência, observadas as formalidades legais com destaque para a ata notarial lavrada em Tabelionato, documento imprescindível para a transmutação da posse em propriedade pela via administrativa (art. 216-A, I a IV, e §§ 1º a 15 da Lei n.º 6.015/1973).

Cumprе ressaltar que a legislação brasileira não utiliza a expressão prescrição aquisitiva para designar esse fato jurídico, efeito da posse e modo de aquisição da propriedade. O Código Civil, *exempli gratia*, prefere utilizar a palavra usucapião. Tenta, entrementes, reconhecer a convolação da posse em propriedade como tal, no último preceptivo legal que trata do tema (art. 1.244), quando — chamando o possuidor de devedor e o é, por violação do dever de se abster de usar e fruir o bem alheio — estabelece que as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da Parte Geral (arts. 197 a 199 e 202), referentes à prescrição extintiva, são aplicáveis em prol do credor, no caso, o titular do direito de propriedade. Não deixa de ser uma aproximação da natureza jurídica da prescrição aquisitiva.

As causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição constitutiva, previstas nos sobreditos dispositivos legais, que devem ser combinados com o precitado art. 1.244 do Estatuto Civilístico, objetivam dilatar o prazo para o proprietário assumir

comportamento comissivo em desfavor do possuidor que violou o dever de abstenção de exercer o *jus possidendi* em seu lugar. O possuidor deveria se pautar pela observância do dever jurídico de abstenção (obrigação negativa). Essa espécie de direito é absoluta, sem sujeito passivo determinado, já que imposto *erga omnes*. O titular da propriedade, por sua vez, deveria ajuizar a ação adequada para impedir a transmutação da posse no seu direito.

A aquisição do direito ocorre no dia em que o exercício da posse completa o prazo estabelecido em lei para a transformação em propriedade, de acordo com a espécie de usucapião. A sentença ou a decisão administrativa que reconhece a convalidação de um direito em outro tem retroatividade *ex tunc* ao *dies ad quem* do prazo estatuído na norma legal. Igualmente, há retroatividade da formação de uma nova relação jurídica entre o novel proprietário e o bem. O atributo da inflexão que o possuidor já detinha torna-se mais evidente e respeitado *erga omnes*. Dali em diante o novo titular do domínio é um possuidor *jus possidendi*, estando habilitado a gravar o seu nome no Registro Imobiliário competente.

Quando o direito real provisório é convolado em direito real definitivo pela prescrição aquisitiva, o fato jurídico *lato sensu* produz três efeitos jurídicos: a perda da propriedade para o *dominus*, sua aquisição pelo possuidor e a modificação da qualidade da posse. Para o proprietário, a prescrição é desconstitutiva; para o possuidor, a prescrição é constitutiva, e a posse, que era *ad usucapionem*, é transmutada em *jus possidendi*. Destarte, a prescrição constitutiva, além de ser conceituada como fato jurídico em que o possuidor adquire direito subjetivo, em virtude do fluxo do tempo e da inércia do proprietário, também modifica a qualidade da posse que agora decorre do seu novo *status*.

5.5 Direito de propor as ações possessórias

A faculdade de invocar os interditos, como diziam os romanos, é um dos maiores efeitos da posse. Traduz-se na defesa judicial da posse. O direito de propor as ações possessórias é chamado de faculdade de invocar os interditos. A palavra “interdito”, designada para as ações possessórias, significa que, sendo proposta com a inicial acompanhada de prova da ofensa à posse, será expedida ordem judicial, ou seja, mandado de interdição para fazer cessar a ameaça

de violação, a continuidade da perturbação ou, ainda, de reintegração. Interdito é ato judicial de cessação da ofensa a direito de outrem. É um mandamento, uma ordem judicial expedida para proteger a posse. Nenhuma ação judicial deflagrada para proteger qualquer outro direito real concede tantas regalias processuais ao seu titular.

Os interditos se materializam por meio do processo. De acordo com Vieira (2010, p. 213): “O fim do processo é solucionar conflitos para que se retorne à paz jurídica.”. O objeto do processo é a composição da lide, isto é, resolver o litígio de acordo com a vontade da lei, dando origem à vontade jurisdicional. Passada a oportunidade que o possuidor tem de defender extrajudicialmente a posse, autorizado que estava pela norma inscrita no art. 1.210, § 1º, do Código Civil, ele se volta para o *caput* do mesmo preceptivo legal. Resta agora se servir das ações adequadas para defendê-la ou restabelecer o seu exercício.

As ações possessórias podem ser puras e impuras. As puras ou por excelência ou em sentido estrito (*stricto sensu*) ou propriamente ditas, são as que se fundam exclusivamente na posse, seja qual for sua espécie. As impuras, por extensão, equiparação ou em sentido amplo (*lato sensu*), lastreiam-se não só na posse como também em outro direito real. As possessórias puras são as três clássicas: manutenção de posse, reintegração de posse e interdito proibitório. As impuras são: ação de imissão de posse, ação de embargos de terceiro, ação de nunciação de obra nova e ação de busca e apreensão. Nenhum outro direito real, salvo o de propriedade, que traz na sua essência o *jus possidendi*, pode fundamentar uma ação possessória pura.

Aos interditos possessórios puros aplica-se o princípio da fungibilidade. Se, no lugar de uma ação possessória, o autor propõe outra ou se, no curso da demanda, ocorre modificação da situação fática, o Estado-juiz dará a proteção judicial adequada, sendo desinfluyente o nome que foi dado ao interdito puro ou à modificação da situação narrada na exordial (art. 554 da Lei Processual Civil). É a proteção judicial máxima que a lei concede ao possuidor.

A abordagem das ações possessórias puras requer estudo conjunto das normas da Lei Civil com as do Estatuto Processual. Elas estão identificadas nos arts. 1.210 do Cód. Civil e 560 e 567 do Cód. Proc. Civil: a manutenção de posse, a reintegração de posse

e o interdito proibitório. Os artigos 1278º e 1281º do Código Civil Português reconhecem como interditos as ações de manutenção da posse e de restituição da posse, nos casos de perturbação e de esbulho, respectivamente. O art. 2238 do Código Civil e Comercial da nação argentina não nomina as ações protetivas da posse, no entanto especifica que, havendo turbação ou desapossamento (esbulho), elas têm por finalidade manter ou recuperar o objeto sobre o qual se exerce a relação de poder. A segunda parte desse preceptivo legal identifica os atos que constituem turbação e os que se traduzem em esbulho. O artigo 2.278 do Code Civil des Français dispõe que a posse é protegida contra a turbação ou a ameaça. A segunda parte do art. 446 do Código Civil espanhol estatui que, se o possuidor for importunado no seu exercício, será amparado ou restituído pelos meios estabelecidos nas leis processuais.

A ação de manutenção de posse é também denominada ação de força nova turbativa, quando proposta há menos de ano e dia. Em Roma, era conhecida como *interdictum retinendae possessionis*. Tem como *causa petendi* a turbação da posse perpetrada por outrem e como *petitum* ou *res*, fazer cessá-la. Objetiva manter o possuidor na posse do imóvel mansa e pacificamente, de modo a interromper o prosseguimento dos atos perturbativos. O fundamento da ação de manutenção, ou seja, a *causa petendi*, é a turbação. O pedido se resume à manutenção do titular no exercício da posse (arts. 1.210 do Código Civil e 560 e ss. do Código de Processo Civil).

Por turbação deve ser entendido todo e qualquer ato contínuo que prejudica o pacífico exercício da posse pelo titular. É a agressão dirigida à posse de outrem. A conduta impertinente e habitual do ofensor não chega ao ponto de fazer com que o ofendido venha a ser retirado do exercício do poder de inflexão. A palavra turbação é sinônima de perturbação, importunação, *in casu*, do exercício tranquilo da posse.

A ação de reintegração de posse é denominada ação de força nova espoliativa, quando proposta há menos de ano e dia, e ação de esbulho. Em Roma, era chamada de *interdictum recuperandae possessionis* e se classificava de acordo com o esbulho cometido. Eram três: o *unde vi*, o *de clandestina possessionis* e o *de precario*, chamados de interditos restitutórios, como registra Cretella Júnior (1998, p. 193). A reintegração tem como *causa petendi* a perda da

posse pelo seu titular, haja vista o esbulho perpetrado pelo ofensor e, como *petitum*, o retorno do possuidor ao poder de inflexão. O pedido formulado na reintegração se resume à restituição da posse perdida ao titular (ofendido), em decorrência de ato comissivo ou omissivo do ofensor (arts. 1.210 do Código Civil e 560 e ss. do Código de Processo Civil). O ofensor da posse se mantém na posse injusta, tomada por violência ou grave ameaça, clandestinamente ou pela não devolução do bem, findo o prazo ajustado no negócio jurídico (art. 1.200 do Código Civil). O esbulho decorre da posse injusta. Segundo preleção de Monteiro (2003b, p. 47), “esbulho é o ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse, violenta ou clandestinamente, e ainda por abuso de confiança”.

O esbulho pode ser direto ou indireto. No direto, o exercício da posse é interrompido, não só em decorrência da violência — que também inclui a grave ameaça —, como também da clandestinidade. O ofensor viola o exercício da posse do ofendido por ação direta comissiva, por meio de um *facere*. No esbulho indireto, a violação da posse se dá pela precariedade. O titular da posse não é privado do seu exercício por conduta comissiva do ofensor, e sim em razão de um *non facere*. A não devolução é o esbulho. O possuidor indireto não recebe o bem de volta, encerrado o prazo contratual. A posse direta é convolada em precária. Há omissão do possuidor direto — agora injusto — em devolvê-lo, encerrado o prazo pactuado no contrato.

O interdito proibitório é também denominado preceito cominatório e ação de força iminente. Em Roma, era chamado de *interdictum prohibitorium*. Tem como escopo proteger o possuidor da ameaça de esbulho ou de turbação, sendo a primeira hipótese mais comum. Tem natureza preventiva. A ação de força iminente tem fulcro nos arts. 1.210, do Estatuto Civil, e 567 do Código de Processo Civil. Objetiva impedir que se consuma a violação da posse ameaçada. A cominação de multa, ou seja, a aplicação de pena pecuniária, para o caso de esbulho ou de turbação, deve integrar o pedido. É o modo eficiente para afastar a consumação do ilícito. É possível que o ofensor, ao ser advertido judicialmente de que poderá suportar o pagamento do valor estipulado na decisão, retroceda no seu comportamento violador. Em Portugal, a ação em epígrafe é cognominada “ação de prevenção” (artigo 1276º do Código Civil Português).

As ações possessórias impuras não têm esteio apenas na posse. Nesta se lastreiam e também em outro direito real. O fundamento é duplo: pretensão de exercício da posse ou de sua conservação conjugada com outro direito real, que em algumas situações pode ser o direito de propriedade. Como visto, as ações possessórias impuras são as seguintes: ação de imissão de posse, ação de embargos de terceiro, ação de nunciação de obra nova e ação de busca e apreensão.

A ação de imissão de posse denominava-se, em Roma, *interdictum adipiscendae possessionis*. Embora reconhecida como interdito, a imissão não pode ser emoldurada como tal. Ela tem esteio em direito real do qual o pretendente se tornou titular. Funda-se, em regra, no direito real de aquisição, hoje denominado direito do promitente comprador, de que tratam os arts. 1.225, VII, 1.417 e 1.418 do Código Civil, na cessão da promessa (cessão de direitos aquisitivos) e na promessa de cessão, desde que esses títulos de aquisição preliminares tenham sido ajustados em caráter irrevogável e irretratável, conste a cláusula de transferência da posse pelo *tradens* ao *accipiens* e estejam registrados no Registro de Imóveis da circunscrição competente. A imissão não tem supedâneo na posse nem na propriedade, e sim na pretensão de investidura no exercício de um direito real oriundo de título registrado. É o remédio processual em prol do novel titular de direito real de graduação inferior ao direito de propriedade, que justifica a indigitada pretensão de investidura na posse em desfavor de quem não tem razão de exercê-la, já que não houve turbção, esbulho ou ameaça de turbção ou de esbulho a ser corrigido.

A ação de embargos de terceiro, conhecida simplesmente como embargos de terceiro, está prevista no art. 674 do Estatuto Processual vigente. Os embargos de terceiro são admitidos por aquele que, não sendo parte no processo, suporta constricção sobre os bens que possua ou sobre os quais exerça direito incompatível com o ato construtivo. Tal como descrevia o § 1º do art. 1.046 do diploma processualístico revogado em 2016 — o CPC/1973 —, o proprietário e o possuidor têm legitimidade *ad causam* ativa e interesse processual na propositura da ação de embargos de terceiro para defender o *jus possidendi* ou o *jus*

possessionis, respectivamente. Dito preceptivo da Lei Processual derogada apresentava um rol de cabimento dos embargos bem significativo. Era claro e objetivo.

O Estatuto Processual vigente, mais parcimonioso e não muito claro, designando o embargante como terceiro no § 2º do art. 674, refere-se a algumas situações que justificam a deflagração dessa ação possessória impura. Mais claro e objetivo, o artigo 1285º do Código Civil Português dispõe, acerca do tema: “O possuidor cuja posse for ofendida por penhora ou diligência ordenada judicialmente pode defender a sua posse mediante embargos de terceiro, nos termos da lei de processo.”

A ação de nunciação de obra nova objetiva proteger o possuidor da turbção decorrente de acessões, benfeitorias e reparos realizados por vizinho confinante, próximo ou afastado, que prejudica o exercício da posse, de suas servidões ou de seus fins. Como o próprio nome está a indicar, exige-se que a obra prejudicial ao exercício da posse tenha se iniciado recentemente, ou que ainda se encontre em andamento. Caso já esteja nos arremates finais, como, *e. g.*, na fase de colocação de massa, pintura, vidros nas janelas ou lâmpadas, não cabe mais a nunciação. A *causa petendi* da nunciação de obra nova do vizinho tem fundamento no direito de construir, de que todo proprietário ou mesmo possuidor independente dispõe.

A ação de busca e apreensão só não é considerada possessória por mero preconceito da doutrina possessória nacional que influenciou o legislador. Trata-se do único remédio processual para proteger a posse de coisas móveis e semoventes, no caso de ocorrer esbulho. O preconceito decorre do fato de a ação de busca e apreensão também proteger o direito de propriedade sobre coisas móveis, que se adquire com a tradição, independentemente de título de transferência do domínio, *ex vi* da interpretação do art. 1.267 do *Codex*. Em Roma, a busca e apreensão se emoldurava como ação de reintegração de posse. Denominava-se *interdictum utrubi*.

Ao rol das ações possessórias impuras — que pode ser emoldurada como impura indireta —, acrescenta-se a ação reivindicatória, não obstante se tratar de ação dominial para fazer valer o *jus possidendi*. Isto se deve ao fato de que, em substância, o

pedido formulado na ação de reivindicação é de investidura do proprietário na posse do imóvel, em razão da eficácia do título de propriedade, para afastar o possuidor que não tem razão de continuar no exercício do poder de inflexão (art. 348, *in fine*, do Código Civil espanhol). Além disso, o nome do mandado a ser expedido para dar cumprimento à decisão judicial e investir o possuidor na posse do bem não é de reivindicação. É de imissão de posse, com afastamento do possuidor injusto — podendo ser até mesmo o natural (detentor), de acordo com a previsão do art. 1.228, *in fine*, do Código Civil — do contato físico com o imóvel, como se infere da leitura do art. 538 da Lei Processual Civil. Apesar de se admitir o enquadramento da ação reivindicatória como possessória impura indireta, haja vista a pretensão de imissão na posse, ela não é substitutiva da reintegração, se o proprietário nunca exerceu o poder de inflexão sobre o bem. Quando o proprietário, erroneamente, propõe reintegração com esteio no direito de propriedade, diz-se que há alegação de domínio.

A alegação de domínio, exceção de domínio ou *exceptio proprietatis* é a sustentação ou defesa do proprietário em demanda possessória com esteio no direito de propriedade. Trata-se de pedido de reintegração, tendo como *causa petendi* a titularidade do direito de propriedade. É o desvirtuamento da proteção possessória. Tanto faz propor ação possessória, contestar ou reconvir; com supedâneo em propriedade, a proscrição vem da doutrina processual de proteção possessória. É defeso propor ação que tenha por objeto o reconhecimento do direito de propriedade — qualquer que seja o seu nome —, como dispõe o art. 557 do Estatuto Processual.

A *exceptio dominii* só prevalece quando a posse é disputada com fulcro na propriedade, *id est*, com lastro na posse *jus possidendi*, que advém do direito de propriedade. Nesse caso o pedido formulado na ação de reintegração será julgado em favor do proprietário. Não teria sentido contra este o Estado-juiz julgar, quando a parte contrária — em ação intitulada de possessória — não demonstra o exercício da posse turbada ou esbulhada, alegando que exerce direito real sobre o imóvel, consoante estabelece o verbete da Súmula 487 da Suprema Corte. Vetusta doutrina civilística é rigorosa, no sentido de proteger

o possuidor em detrimento do proprietário, toda vez que este pretende vencer o litígio possessório, com lastro na exceção de domínio. Gomes (1976, p. 92-93) enfatiza que a *exceptio dominii* deve ser rechaçada como “[...] uma excrescência no terreno da proteção possessória. Pouco importa que o proprietário seja vencido no possessório; pois, se verdadeiramente proprietário é, vencerá no petitório”.

Toda demanda em que o autor se arrima no direito de propriedade ou mesmo no direito real de aquisição se denomina ação petitória ou, simplesmente, *petitório*. Ai se incluem a ação reivindicatória e a de imissão de posse. As demandas possessórias clássicas ou puras, *id est*, manutenção e reintegração de posse e interdito proibitório, foram apelidadas de *possessório*. A doutrina reprova a *exceptio dominii*, por se traduzir em tentativa do autor ou do réu de descaracterizar o sistema de proteção da posse, fundando-se no direito de propriedade ou em outro direito real (v. g., o direito do promitente comprador), como bem enfatizado na sobredita preleção.

O petitório não pode se imiscuir no possessório. Como diz Monteiro (2003b, p. 56): “[...] realmente, a posse deve ser protegida por si mesma, independentemente da propriedade. O possessório e o petitório não se misturam”. Argumentando que a doutrina de Ihering acolhe a rejeição da *exceptio dominii*, Pereira (2015, p. 58) afirma que “[...] o debate possessório tem em vista o estado de fato do possuidor, cuja defesa se frustraria se fosse aberta a questão em torno da propriedade, sucumbindo a própria sistemática da posse”.

Considerações finais

Ao longo deste artigo acerca das reflexões sobre a posse, restou demonstrado que ela não significa apenas uma relação de fato ou de poder, e sim um direito subjetivo real — ainda que provisório —, porque à faculdade de agir do titular, vale dizer, ao exercício do poder de inflexão sobre o bem, corresponde um dever jurídico de abstenção dos demais indivíduos participativos da sociedade, exercendo o possuidor um conjunto de atos materiais tendentes a conservá-lo, para que dele possa usar e fruir.

Após a apresentação de diversos fundamentos e estudos desenvolvidos sobre a posse nos cinco títulos que precedem estas considerações finais, não pode pairar a menor dúvida sobre a razão do seu posicionamento antes da apresentação do rol exemplificativo dos direitos reais, constantes do art. 1.225 do Estatuto Civil. A posição que a posse ocupa na primeira norma legal, que inaugura o Direito das Coisas, é o reconhecimento de que se cogita do mais relevante de todos os direitos reais. A norma inscrita na primeira parte do art. 1891 do Código Civil e Comercial argentino, antes ressaltada, é merecedora de aplausos. Sem posse, salvo no que tange às duas exceções, não é possível o exercício dos demais direitos reais previstos no art. 1887 daquele diploma civilístico. O mesmo pode ser dito, no caso brasileiro, acerca dos direitos reais elencados no art. 1.225 do Código Civil. Não há direito real mais relevante que a posse, ainda que ali não esteja elencado e se emoldure como provisório.

Reconhecimento explícito da relevância desse direito real ocorre quando o legislador — deixando de lado a regra geral do socorro à ação judicial — permite que o possuidor faça justiça com as próprias mãos, desde que utilize moderadamente os meios necessários para repelir a injusta agressão, e que atue imediatamente (art. 1.210, § 1º, do Código Civil). Tal como analisado, o possuidor não incide no tipo penal do art. 345 do Estatuto Repressivo. Não se tem notícia, em qualquer norma legal, de direito cujo exercício interrompido possa ser restabelecido extrajudicialmente. O único que permite essa espécie de defesa é a posse (*jus possessionis* ou *jus possidendi*).

Cumpra mais uma vez ressaltar que a fonte do reconhecimento da posse como direito real é a lei codificada ou esparsa, quando, na Era Hipermoderna: a) admite a transcrição da decisão no Registro de Imóveis, toda vez que, na ação de desapropriação, for concedida a imissão provisória na posse, em favor do poder público ou de empresa concessionária de serviço público (artigos 1.225, XIV, do Código Civil, acrescentado pela Lei n.º 14.620/2023; arts 15, § 4º, do DL n.º 3.365/1941, e 167, I, 36, da Lei n.º 6.015/1973); b) admite a transcrição do título no Registro de Imóveis, em caso de legitimação possessória — o que é inusitado, por se tratar de direito que pode ser exercido por pessoa que não seja titular do

direito de propriedade —, para que neste possa ser convolado (arts. 29 e §§ da Lei n.º 6.383/1976; 25 da Lei n.º 13.465/2017; 167, I, e 41, da Lei n.º 6.015/1973); e c) o seu exercício prolongado, somado à inércia do titular do *jus possidendi*, oriundo do direito de propriedade ou o *jus possessionis*, decorrente de direito real diverso, possibilita a aquisição de um ou de outro pela prescrição aquisitiva (arts. 183 e 191 da Constituição Federal; 1.238 e ss. do Código Civil; 9º e 10 da Lei n.º 10.257/2001; 1º e ss. da Lei n.º 6.969/1981; e 216-A e §§ da Lei n.º 6.015/1973).

A Lei Processual Civil consagra sua relevância ao perfilhar o princípio da fungibilidade das ações possessórias puras (art. 554), e ao conceder liminar ao seu autor, restabelecendo o *status quo ante*, levando em conta a violação do seu exercício, desde que afore o interdito no prazo de ano e dia. O possuidor que já foi beneficiado com a possibilidade de exercer a legítima defesa e o desforço imediato (art. 1.210, § 1º, do Código Civil) tem agora mais duas chances de obter, de imediato, a proteção possessória: liminar *initio litis*, isto é, *inaudita altera parte*, ou após a audiência de justificação da posse, designada exclusivamente em prol daquele que se diz ofendido no exercício do poder de inflexão inerente a esse relevante direito real. As normas inscritas nos arts. 558, 562 e 563 do Código de Processo Civil proclamam o elevado *status* que os interditos possessórios desfrutam para proteger a posse.

Demais disso, considerando que, em litígio possessório puro, a *exceptio dominii* ou *exceptio proprietatis* não tem lugar, prevalecendo o *jus possessionis* sobre o *jus possidendi* — *ex vi* do disposto nos arts. 1.210, § 2º, do Estatuto Civil, e 557, parágrafo único, da Lei Processual Civil —, pode-se afirmar que a posse está posicionada bem acima dos demais direitos reais, apesar de não figurar no rol do art. 1.225 do mesmo Estatuto, repita-se, em decorrência de injustificável preconceito do legislador, que deu o maior dos cochilos, menosprezando sua verdadeira essência jurídica. É o que se conclui, no caso brasileiro, de todo direito positivo vigente sobre a posse como direito subjetivo real, ainda que de caráter provisório.

Referências

- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. III. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Direito Autoral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DAIBERT, Jefferson. *Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 4. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Reais*. Vol. V. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Coisas. Vol. V. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 2005.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2007.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Vol. V. São Paulo: Atlas, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Vol. I. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. Vol. III. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*. Vol. IV. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário*. 9. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Reais. Vol. IV. 17. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas* (artigos 1.225 a 1.509). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A relevância da função jurisdicional e do processo como seu instrumento. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 51, p. 178-229, jul.-set. 2010.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. O inexplicável oblívio da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu* pelo Código Civil Brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 18, n. 69, p. 64-101, jun.-ago., 2015a.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. O incompreensível olvido da prescrição e da decadência como fatos jurídicos *lato sensu* pelo Código Civil brasileiro. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, vol.104, p. 26-58, 2015b.

VIEIRA, Sérvio Túlio Santos. A prescrição constitutiva: consecutário da posse, aquisição de direito fundamental e contributo para afirmação da cidadania. In: FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Antón Lois; HANSEN, Gilvan Luiz; SUÁREZ BLÁZQUEZ, Guillermo (org.). *Ciudadanía en una perspectiva global*. Madrid: Editorial Dykinson, 2021.

Responsabilidade civil objetiva da atividade empresarial: notas críticas ao art. 931 do Código Civil brasileiro

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Strict liability in business activities:
critical notes on article 931 of the Brazilian Civil Code

JOÃO QUINELATO¹ 

Resumo

A expansão da responsabilidade civil objetiva a que se assistiu nas últimas décadas, a pretexto de ampliar o grau de proteção da vítima, pode ter levado a uma equivocada interpretação do artigo 931 do Código Civil brasileiro, segundo a qual a objetivação da responsabilidade civil empresarial prescindiria da culpa e, também, da antijuridicidade. O presente artigo busca investigar novos filtros para a interpretação do dispositivo, especialmente cotejando-o com a antijuridicidade e o defeito. Sugere-se, ao final, cautela na imposição de um regime objetivo genérico a todas as atividades

- 1 Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor visitante e coordenador acadêmico adjunto da Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil Constitucional da UERJ/Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito da UERJ (UERJ-CEPED). Professor de Direito Civil da graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Diretor-geral da Escola Superior da Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Rio de Janeiro (OAB-RJ). Vice-presidente da Comissão de Direito Civil da OAB-RJ. Membro do Fórum Permanente de Direito Civil da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7594-6998>

>>|

<< Sumário

empresariais, como poderia sugerir a leitura açodada do artigo 931 do Código Civil brasileiro, significando que um desenvolvedor não pode ser responsabilizado exclusivamente pelo fato de seu produto ter causado dano, sem que seja verificado um defeito no momento em que o produto foi colocado em circulação e, ainda, sem que se investigue a antijuridicidade de sua atividade. Sem ignorar a relevância da responsabilidade civil objetiva para ampliar o grau de proteção da pessoa humana vítima de danos, o artigo procura resgatar critérios já delineados pela doutrina para a interpretação do artigo 931 do Código Civil com o objetivo de, ao final, sugerir cautela na objetivação indiscriminada da responsabilidade civil da atividade empresarial.

Palavras-chave: risco; antijuridicidade; dignidade da pessoa humana; nexo de imputação objetiva; defeito.

Abstract

The expansion of strict civil liability witnessed in recent decades, under the guise of increasing the level of protection for victims, may have led to a misinterpretation of Article 931 of the Brazilian Civil Code, according to which the objectification of company civil liability would dispense without fault and also without defect and unlawfulness. This article seeks to investigate new criteria for the rule, especially by contrasting it with illegality and defect. Finally, caution is advised when imposing a generic strict liability regime on all business activities, as a hasty reading of Article 931 might suggest, meaning that a developer cannot be held liable solely because its product caused damage, without verifying whether there was a defect at the time the product was put into circulation and without investigating the illegality of their activity. Without disregarding the relevance of strict civil liability in increasing the degree of protection afforded to individuals who are victims of damage, this article seeks to revisit criteria already outlined by legal doctrine for the interpretation of Article 931 of the Brazilian Civil Code with the aim of ultimately suggesting caution in the indiscriminate objectification of civil liability in business activities.

Keywords: risk; unlawfulness; human dignity; objective attribution; defect.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Introdução

O artigo 931 do Código Civil de 2002, aparentemente pouco prestigiado pela doutrina, suscita frequentes dúvidas dos intérpretes. O dispositivo somente incidiria nas hipóteses em que o dano não atingisse o destinatário final de um produto, pois, nesses casos, o remédio adequado deveria ser extraído do Código de Defesa do Consumidor (CDC)? A regra incidiria somente nas atividades desenvolvidas pelo empresário e pelas empresas que não fossem qualificáveis como fornecedoras, na forma do art. 3º do CDC? A imputação objetiva impingida pelo dispositivo não careceria do defeito e nem da antijuridicidade da atividade dos empresários individuais e das empresas a que alude o dispositivo?

Essas e tantas outras dúvidas frequentemente surgem a partir da aplicação do dispositivo, que parece inaugurar uma segunda cláusula geral de responsabilidade civil objetiva no Código Civil, ao lado da já conhecida cláusula geral de risco, contida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, consagrada, essa sim, como a cláusula geral de risco do Código vigente.

Ainda que tradicionalmente os estudiosos da Teoria Geral da Responsabilidade Civil observem que o referido artigo 931 parece ser “[...] absolutamente inútil já que o art. 12 do CDC regula exaustivamente a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos derivados de defeito do produto ou do serviço” (Tepedino; Barboza; Bodin de Moraes, 2006, p. 828-829), a amplitude da redação do artigo 931 pode induzir a uma perigosa objetivação indiscriminada de toda e qualquer atividade empresarial, mesmo sem o defeito a que alude o *caput do artigo 12 do CDC*. Em última análise, uma leitura desatenta — ou ao menos unicamente literal do dispositivo — poderia induzir à aplicação de um regime de responsabilidade civil mais gravoso ao empresário, do que o que está determinado na legislação consumerista. É preciso, portanto, “[...] compatibilizar o disposto no artigo 931 do Código Civil com a sistemática implementada em nosso país pela Lei 8.078/90”, já que “[...] a interpretação literal da norma constante do diploma civil poderia levar ao absurdo de impor uma responsabilidade civil integral ao fornecedor” (Calixto, 2005, p. 92-93).

>>|

<< Sumário

1. O artigo 931 do Código Civil e a evolução da responsabilidade civil brasileira

É justamente a partir da constatação acima que se justifica a análise aprofundada do artigo 931 do Código Civil, que, aparentemente, cria uma segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva da codificação atual. As cláusulas gerais, sabe-se, introduzem importante mecanismo hermenêutico e de política legislativa, pois, enquanto o processo legislativo ainda estiver em desenvolvimento para regular novas atividades empresariais que possam surgir diariamente, caberá às cláusulas gerais o papel de guarda-chuva de hipóteses ainda não contempladas pela legislação especial². Ocorre que, se de um lado as cláusulas gerais representam importante e útil ferramenta para acomodar novas atividades econômicas que possam surgir em descompasso com o moroso processo legislativo, o uso de conceitos gerais e indeterminados requer da doutrina e da jurisprudência o desenvolvimento de critérios que possam delimitar adequadamente seu sentido e alcance, o que se pretende neste estudo do artigo 931 do Código Civil.

O desenvolvimento de critérios que delimitem adequadamente a amplitude do artigo 931 do Código Civil tem o condão de controlar os limites da objetivação indiscriminada da atividade empresarial, resgatando a ideia de que a culpa ainda tem importante papel no sistema, *vis-à-vis* à redação cristalina — e, é sempre bom lembrar, ainda não revogada — do artigo 186 do Código Civil.

A necessária e paulatina flexibilização da culpa que se observou na teoria geral da responsabilidade civil, sobretudo após

2 “Sabe-se que o processo legislativo é naturalmente vagaroso e incapaz de criar uma redoma artificial plenamente capaz de assegurar incolumidade psicofísica e patrimonial a uma sociedade circundada por riscos difusos, dispersos, desprovidos de endereço ou causa. [...] Mediante a cláusula geral do risco de atividade, surge zona mais ampla de proteção em face dos perigos calculáveis emanados de atividades potencialmente danosas. Mesmo que o legislador, *a priori*, não tenha previsto as consequências indesejáveis de certa atividade, poderá a vítima alicerçar a sua pretensão na teoria objetiva, caso reste demonstrado o liame de causalidade entre o risco da atividade e o dano sofrido. A cláusula geral se abre para acomodar as transformações para o futuro” (cf. Martins-Costa, 1998, p. 5-32).

o aumento do grau de complexidade da vida e dos métodos de produção industrial na virada do Século XVIII para o Século XIX, correspondeu a uma mudança sociocultural, refletindo a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade — típico do Código Civil de 1916 — para o chamado modelo solidarista — ideal do Código Civil de 2002, compreendendo que a demonstração da culpa pelo lesado pode ser insuperável em certos casos, obstando em definitivo o recebimento da indenização pela vítima e, portanto, reconhecendo-se a prevalência da proteção da pessoa humana, passando-se a admitir, em hipóteses específicas, a superação da culpa. A atenção, contudo, deve dar-se para o ponto de equilíbrio entre risco e culpa: advogar a flexibilização da culpa não importa em reconhecer sua superação, sobretudo em homenagem à unidade do sistema. Giselda Hironaka, observando que “a culpa não desapareceu completamente, nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro”, comunga da existência do regime dualista de responsabilização civil³. Maria Celina Bodin de Moraes manifesta entendimento semelhante⁴.

É justamente reconhecendo a importância da culpa na responsabilidade civil brasileira, sem descuidar-se da relevante objetivação da responsabilidade pela inserção da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que Gustavo Tepedino defende a existência do sistema dualista da responsabilidade civil (Tepedino, 2004, p. 195). A constatação do sistema dualista de responsabilidade

3 “Culpa e risco, anuncia o renomado jurista [fazendo menção à Savatier], devem deixar de ser considerados como fundamentos da responsabilidade civil para ocuparem o lugar que efetivamente ocupam, isto é, a posição de fontes da responsabilidade civil, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, sem a preocupação de que uma aniquila a outra, mas importante saber que, embora tão frequentes os casos de responsabilidade subjetiva, embasada na culpa, persistem existindo os casos em que se registrará a insuficiência desta fonte, quando então, abrir-se-á a oportunidade de reparação do dano pelo viés da nova fonte, a do risco. Convivem, portanto, as duas teorias, e conviverão provavelmente por longo tempo.” (Hironaka, 2009, p. 204).

4 “Contudo, o reconhecimento definitivo da existência de um sistema dualista de responsabilidade civil veio com o Código Civil de 2002, que, ao lado de uma cláusula geral de responsabilidade pela culpa, instituiu uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco.” (Bodin de Moraes, 2016, p. 337).

civil reconhece, de um lado, a importância da culpa *vis-à-vis* ao art. 186 do Código Civil, mas, também, não descuida do reconhecimento de que a expansão de atividades potencialmente arriscadas demanda, naturalmente, a incidência da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva:

A orientação foi absorvida pelo Código Civil brasileiro de 2002, que, além de prever novas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, instituiu, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco. Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral de responsabilidade subjetiva, do atual artigo 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa e agora também pela cláusula geral da nova codificação civil (Tepedino; Barboza; Bodin de Moraes, 2006, p. 806).

O principal efeito do artigo 931 do Código Civil na teoria geral da responsabilidade civil, por seu turno, seria de assegurar uma suposta objetivação geral da responsabilidade civil empresarial, ao encerrar cláusula geral de responsabilidade civil objetiva do empresário ou das empresas individuais pelo fato do produto, apontado pela doutrina como dispositivo mal redigido, por atrelar a responsabilidade objetiva a qualquer “dano causado pelos produtos”⁵. Ora, facas, cigarros e álcool são perigosos e podem causar danos, mas não são defeituosos no momento em que foram postos no mercado de consumo, posto que corresponderam à segurança,

5 “O artigo 931 inovou substancialmente ao criar uma regra geral de responsabilidade objetiva pela circulação dos produtos, porém, mesmo depois de mais de uma década de vigência do Código Civil brasileiro, a doutrina ainda é tímida ao interpretar o dispositivo, pois silencia ou trata a matéria sem a profundidade necessária, deixando de dar a atenção que o dispositivo merece. O não enfrentamento desses elementos históricos acabou contribuindo para algumas interpretações equivocadas do dispositivo” (grifos nossos, Wesendonck, 2015, p. 142).

qualidade e quantidade a que se comprometeram, justificando-se a responsabilidade do fornecedor única e exclusivamente se verificado um vício ou defeito⁶.

Nessa esteira, Gustavo Tepedino observa que “[...] qualquer produto ou serviço pode ser considerado *potencialmente lesivo*, dependendo da forma de armazenamento e utilização pelo consumidor, podendo produzir danos” (grifos do original), o que não caracteriza defeito e, conseqüentemente, os danos que decorrerem dessas atividades produtivas sequer devem ser admitidos como danos injustos ou ressarcíveis⁷. Em consequência, ao fornecedor será lícito colocar em circulação no mercado de consumo produtos dos quais não saiba, nem deveria saber, se resultam em perigo, sequer havendo que se falar em frustração de alguma legítima expectativa de segurança do consumidor, como adverte Tepedino⁸.

A mais contundente crítica ao artigo 931 do Código Civil, com a qual se concorda integralmente, é o fato de o dispositivo não ter feito nenhuma ressalva quanto a excludentes de responsabilidade, atrelando a atividade empresarial no Brasil a uma inadmissível responsabilidade por todo e qualquer risco, independente de

6 “Melhor seria, portanto, se o dispositivo em análise houvesse se referido, como fez o CDC, à responsabilidade pelos danos causados por defeitos do produto e definir como produto defeituoso aquele que não oferece a segurança esperada (artigo 12, parágrafo único, do CDC)” (Tepedino; Barboza; Bodin de Moraes, 2006, p. 826).

7 “Observe-se que, em certo sentido, qualquer produto ou serviço pode ser considerado potencialmente lesivo, dependendo da forma de armazenamento e utilização pelo consumidor, podendo produzir danos. Tais hipóteses não caracterizam defeito e, por isso mesmo, o dano decorrente das respectivas atividades produtivas (potencialmente lesivas) não se caracterizam tecnicamente como danos injustos ou danos ressarcíveis em face dos fornecedores. Daí o equívoco de se presumir a existência de dano moral no caso de produto ou serviço que, por conta da impressão subjetiva do consumidor, diante de aparente desconformidade, mostra-se potencialmente lesivo. Pelo mesmo motivo, torna-se essencial, para a deflagração do dever de indenizar, a verificação do defeito do produto, sem o qual não haverá vício de segurança” (Tepedino, 2024, p. 574).

8 “Através de uma interpretação *a contrario sensu*, conclui-se ser lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba — nem deveria saber — resultarem perigosos, diante do grau de desenvolvimento científico à época de sua introdução no mercado, *standard* este que serve, ao mesmo tempo, como limite para a expectativa de segurança do consumidor” (Tepedino, 2024, p. 576).

qualquer outra excludente, “o que poderia sugerir que a teoria do risco integral foi adotada no caso do fornecimento de produtos” (Tepedino; Barboza; Bodin de Moraes, 2006, p. 826).

Tal equívoco decorre da interpretação do dispositivo descolado de seu histórico legislativo, pouco analisado pelos manuais e pela teoria geral de responsabilidade civil, que geralmente, ao estudar o artigo, descreve-o como uma aplicação ainda tímida do que viria no Código de Defesa do Consumidor, consistindo em grave equívoco. Isto porque o dispositivo “[...] tratava de uma forma específica de responsabilidade civil do farmacêutico pela fabricação de medicamentos e, posteriormente, passou a ser genérica, alcançando todos os empresários e a circulação de ‘produtos’” (Wesendonck, 2015, p. 142). Não à toa é que a redação do artigo 931 do CC no anteprojeto de 1972, em seu então artigo 990, era a seguinte:

Ressalvados outros casos previstos em lei especial, o farmacêutico e as empresas farmacêuticas respondem solidariamente pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, ainda que os prejuízos resultem de erros e enganos de prepostos⁹.

O primeiro fato do itinerário legislativo que deve ser resgatado é de que, embora faça referência ao consumidor, a redação é anterior ao Código de Defesa do Consumidor e, portanto, não se refere, obrigatoriamente, à relação de consumo nos moldes dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, contrariando a visão tradicional, no sentido de que o dispositivo seria uma repetição literal do Código Consumerista, de modo que “a expressão consumidor era usada com o sentido aproximado de usuário de um determinado bem adquirido no mercado” (Wesendonck,

9 A respeito de tal redação, observa Tula Wesendonck que se tratava de um dispositivo destinado unicamente a regular a responsabilidade do farmacêutico: “A responsabilidade que constava no texto original (tanto no anteprojeto como no projeto) era somente destinada à responsabilidade do farmacêutico ou da empresa farmacêutica, que respondiam solidariamente pelos danos causados por produtos postos em circulação. A responsabilidade civil seguia o sistema de responsabilidade do empregador pelo empregado ou preposto” (Wesendonck, 2015, p. 144).

2015, p. 147), em uma distinção feita à época da Emenda 530, de autoria do Deputado Emanuel Wasiman, que sequer cogitava da distinção do destinatário final vigente hoje, à luz do Código de Defesa do Consumidor, estando o dispositivo a criar, portanto, um regime objetivo de responsabilidade civil a terceiros, que podem ser consumidores ou não.

A disposição foi excluída do anteprojeto pelas Emendas 528, 529 e 530, por se entender que a mesma era casuística e já regulada pela responsabilidade civil do patrão pelos atos do empregado, evoluindo a redação final do dispositivo para o regime objetivo, com a introdução da expressão “independentemente de culpa”¹⁰.

A diferença essencial do regime trazido pelo artigo 931 e do Código de Defesa do Consumidor é o reconhecimento do *defeito* como requisito a deflagrar o dever de indenizar, ou seja, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, a legislação civil não condiciona a responsabilidade à existência de um defeito. Em outras palavras, mesmo em um regime que, em tese, fosse mais rigoroso em relação ao desenvolvedor do produto ou do serviço — o consumerista —, o defeito apresenta-se como requisito do dever de indenizar. E é justamente por isso que se deve temperar o rigor do artigo 931 do Código Civil, a partir de uma interpretação sistemática, para evitar-se que tal dispositivo se torne uma cláusula geral de responsabilidade por todo e qualquer dano, praticamente criando uma responsabilidade integral pelo desenvolvedor de atividades econômicas por todos e quaisquer danos, ainda que decorrentes de produto não defeituoso. Assim conclui Tula Wesendonck:

10 Tula Wesendonck comenta, em seu estudo, que, após analisar as emendas 528 (Deputado Tancredo Neves), 529 (Deputado Raymundo Diniz) e 530 (Deputado Pedro Faria), formuladas na Câmara dos Deputados, há dúvidas a respeito do momento em que surgiu a expressão *independentemente de culpa*. A autora critica o processo legislativo que parece ter falhado neste ponto: “A inclusão da expressão *independentemente de culpa* não se trata somente de uma alteração estilística de redação, é expressão que torna clara a opção do legislador para a criação de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, e essa matéria, de grande relevância e impacto no direito brasileiro, acabou sendo inserida na legislação na fase final de tramitação do projeto, dando a impressão de fazer parte do dispositivo pelo toque da varinha do condão do legislador” (Wesendonck, 2015, p. 147).

Com o objetivo de reforçar a importância do artigo 931 do CC brasileiro, é importante ponderar que o artigo 12 do CDC estabelece a responsabilidade independente de culpa, mas não se trata de responsabilidade objetiva pura, porque o seu fundamento não é o risco, e sim a existência de um defeito do produto. Assim, mesmo que o fabricante coloque produto no mercado, não será responsabilizado por qualquer dano se provar a inexistência de defeito no produto. Já no regime de responsabilidade do Código Civil brasileiro, basta a colocação do produto em circulação que provoque danos, para a incidência da responsabilidade civil do fabricante (Wesendonck, 2015, p. 156).

O dispositivo, portanto, lido de maneira literal, criaria uma responsabilidade objetiva genérica, indiscriminada, a toda e qualquer atividade empresarial, seja ela com relação aos destinatários finais de produtos e de serviços — o que seria absolutamente inócuo, dado o artigo 12 do CDC —, e, ainda, uma objetivação da atividade entre empresários, o que igualmente contrariaria a coerência do sistema, considerando que a culpa ainda guarda lugar importante no Código Civil, à luz de seu artigo 186. É essa a arguta crítica feita em doutrina, com a qual se comunga integralmente:

O mérito da inovação é controverso. Com efeito, o caráter objetivo da responsabilidade dos fornecedores nas relações de consumo justifica-se pela vulnerabilidade dos consumidores (CDC, artigo 4º, “i”). Entre os próprios fornecedores, a responsabilidade objetiva pode se afigurar um tanto excessiva, principalmente pelo fato de o artigo 931 não ter consignado os pressupostos específicos e as excludentes da responsabilidade objetiva, o que deve ser levado em conta pelo intérprete, todavia, para preservar a coerência do sistema (Tepedino; Barboza; Bodin de Moraes, 2006, p. 827).

2. Possíveis novos filtros para o art. 931 do Código Civil: o defeito e a antijuridicidade

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

O artigo 931 do Código Civil brasileiro não deve assegurar um regime de responsabilidade civil pelo risco integral, que somente tem aplicação excepcional no Direito brasileiro — como, *e.g.*, nos casos de responsabilidade civil por dano nuclear (artigo 21, XXIII, da Constituição Federal). Deve-se diferenciar o produto defeituoso do produto perigoso, ilustrando-se, por exemplo, que o cigarro pode ser produto perigoso, mas não necessariamente defeituoso, demonstrando-se, assim, que a periculosidade, por si só, não enseja a atração indiscriminada e genérica do regime objetivo de responsabilidade civil, seja por força da incidência do artigo 931, seja por força da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva do artigo 927, parágrafo único — ambos do Código Civil.

Além disso, constata-se a antijuridicidade como requisito essencial — tanto para a responsabilidade objetiva, quanto para a responsabilidade subjetiva; tanto para a responsabilidade contratual, quanto para a responsabilidade extracontratual¹¹. Em síntese, “[...] a responsabilidade objetiva prescinde da culpa e não da antijuridicidade, é dizer: do contraste entre a conduta e o determinado, previsto ou permitido pelo ordenamento jurídico”¹². Por essa razão, não é a pretexto de uma teoria do risco insculpida no artigo 927, parágrafo único, que se cogitaria de um dever geral de indenizar por todo e qualquer ato decorrente do risco, até mesmo do ato lícito¹³.

11 “Como regra, há dever de indenizar apenas quando comprovado o dano e o vínculo causal entre este e a conduta ilícita (antijurídica) do lesante, ou de quem por ele responde. Antijuridicidade (isto é: ilicitude do ato), dano e nexo de causalidade são, portanto, os três pressupostos gerais elementares, presentes tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual; tanto na responsabilidade subjetiva (informada pela culpa como fator de imputação) quanto na responsabilidade objetiva (informada pelo risco como fator de imputação). Ainda como regra, a presença cumulativa desses três elementos é imprescindível para atribuir-se o efeito consistente no pagamento de indenização por perdas e danos” (cf. parecer jurídico de autoria de Judith Martins-Costa, proferido nos autos da Ação Civil Pública n.º 5030568-38.2019.4.04.7100, com trâmite na 1ª Vara Federal de Porto Alegre., p. 9).

12 Idem, p. 12.

13 “Mais do que paradoxal, seria verdadeiramente ilógico e não autorizado pelo sistema impor a quem

>>|

<< Sumário

Judith Martins Costa deixa claro, nesse sentido, que não há exclusão do elemento “antijuridicidade” do artigo 931 do Código Civil, mas, sim, do elemento “culpa”. A autora exemplifica tal fato com a atividade de venda de veículos automotores, demonstrando que, ainda que veículos sejam produtos que geram riscos, sua comercialização não é antijurídica e, portanto, não estaria autorizado deduzir-se que se trata de atividade automaticamente sujeita ao regime objetivo, unicamente por sua aptidão de gerar riscos:

No art. 931, mais uma vez o texto legal faz expressa referência à exclusão por culpa, e não por antijuridicidade. Trata-se, portanto, de uma hipótese de responsabilidade objetiva. E a exclusão da culpa como fator de imputação não importa — já se viu — em exclusão da ilicitude (antijuridicidade) como pressuposto necessário à emergência do dever de indenizar. Pois do fato de desempenhar-se normalmente atividade capaz de produzir riscos aos direitos de outrem não decorre, *ipso facto*, o dever de indenizar por todo e qualquer dano porventura decorrente da atividade. Do contrário, ter-se-ia que admitir, por atenção lógica, serem geradoras desse dever a produção, a comercialização, a distribuição e a compra de automóveis, talvez o produto de massas que mais gera riscos [...]. Porém, malgrado sejam notórios os riscos associados ao trânsito, não se impõem indenizações às empresas fabricantes de automóveis pelo simples fato de produzi-los e comercializá-los, ainda que o veículo venha, por exemplo, a capotar (Martins-Costa, 2020, p. 404-405).

atua conformemente ao Direito uma obrigação de indenizar, sob o pretexto de assim comandarem as regras da responsabilidade objetiva, como se retira do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Não se diga que a regra ali prevista autorizaria a imposição do dever de indenizar danos derivados por ato lícito, por contemplar o dever de indenizar os danos decorrentes de uma atividade geradora de risco. Não há sinonímia entre atividade geradora de risco e nascimento do dever de indenizar” (cf. parecer jurídico de autoria de Judith Martins-Costa, proferido nos autos da Ação Civil Pública n.º 5030568-38.2019.4.04.7100, com trâmite na 1ª Vara Federal de Porto Alegre, p. 12).

Crítica semelhante a respeito do exagerado alargamento da responsabilização objetiva que pode decorrer da interpretação do artigo 931 do Código Civil é feita por Marcelo Calixto, ao observar que o dispositivo “[...] se, todavia, for literalmente interpretado, termina por estender demasiadamente esta responsabilidade, uma vez que a mesma será deflagrada pela simples ocorrência do dano” (Calixto, 2005, p. 61). Anota o professor, ainda, que o Código Civil traz raras excludentes de responsabilidade, de modo que o artigo 931 poderia ocasionar, na prática, “[...] uma hipótese de responsabilidade integral, em que o fabricante — ou, nos termos da lei, o ‘empresário individual e as empresas’ — será responsabilizado pelo simples fato de que o seu produto causou um dano” (Calixto, 2005, p. 61).

É, portanto, em nome da coerência do sistema, à luz do princípio da unidade sistemática e da aplicação coesa, que se conclui que o artigo 931 não pode ser interpretado de modo a aplicar um regime objetivo genérico a toda e qualquer atividade empresarial, isto é, não pode o desenvolvedor ser responsável unicamente por seu produto ter causado dano, sem que o defeito seja verificado ao tempo em que o produto foi posto em circulação¹⁴.

Ora, se inexistente uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, genérica, para toda e qualquer atividade empresarial e, portanto, deve-se interpretar o artigo 931 do Código Civil, para que a responsabilidade esteja atrelada a um defeito, persiste a dúvida a respeito da adequação de responsabilizar-se o desenvolvedor de atividades pelos danos que jamais eram previsíveis ao tempo em que foram colocados no mercado e, ainda, cujos danos eram absolutamente imprevisíveis¹⁵.

14 “Dessa forma, entendemos ser um requisito necessário para a deflagração desta responsabilidade a existência de defeito no produto. E este será estudado sendo os mesmos moldes constantes do Código de Defesa do Consumidor, que trará ainda das possíveis excludentes de responsabilidade” (cf. Calixto, 2005, p. 61).

15 A respeito da relação entre o artigo 931 e a teoria dos riscos do desenvolvimento, assim bem defende Tula Wesendonck: “Assim, o dispositivo legal pode ser considerado um portal para a inclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, pois, diferente do que ocorre com a legislação consumerista, o defeito não é exigido como requisito para a incidência da responsabilidade civil, pois tal responsabilidade impõe-se pela colocação no mercado de

O mero fato de a atividade, por si só, ser potencialmente arriscada, não seria suficiente *per si* para genérica e abstratamente imputar-se o regime de responsabilidade objetiva ao desenvolvedor da atividade. A reflexão que ora se propõe é no sentido de que a antijuridicidade da atividade empresarial, aludida no art. 931 do Código Civil, deve refletir atividade antijurídica. Muitas atividades ou produtos são arriscados — como facas, fogos de artifício, armazenamento de materiais inflamáveis e venda de cigarros ou bebidas alcoólicas. Esses riscos, contudo, nem sempre são antijurídicos, não contrariam o direito, são toleráveis socialmente e não são ilícitos. Nem só por isso os desenvolvedores dessas atividades automaticamente respondem objetivamente por suas atividades.

A antijuridicidade pode ser definida como a contrariedade ao direito, seja por violação de norma legal ou contratual. A reprovação social da conduta é o que tornará a conduta do agente antijurídica. Inexistindo contrariedade à lei ou ao contrato, não haveria que se falar em responsabilidade, de modo que “a antijuridicidade apresenta-se, assim, indispensável, embora não suficiente para o surgimento do ilícito”¹⁶ (Tepedino; Oliva, 2020, p. 358).

Perlingieri destaca, ao definir a antijuridicidade, a importância de sua interpretação em uma perspectiva histórica e funcional, destacando que seu conceito não tem razão alguma de ser proposto em uma progressão lógica e rígida, de modo que “[...] seu estudo só pode ter uma conotação histórica e relativa com inevitáveis preferências contingentes de uns ou de outros”¹⁷. Sintetizando, portanto, a aceção do conceito de antijuridicidade, assim conclui o autor:

produto que cause danos. Esse aspecto merece atenção especial porque, nos casos de riscos do desenvolvimento, o defeito somente pode ser detectado em momento posterior, pois o estado da arte não é suficiente para prevê-lo” (Wesendonck, 2015, p. 154).

16 Importante destacar que os autores aqui fazem referência à antijuridicidade como elemento do regime subjetivo de responsabilidade civil.

17 Assim confirma: “Ao redescobrir a relatividade dos problemas e das soluções, aprende-se a avaliar, com utilidade, mas também com a devida cautela, o precedente, seja doutrinário, seja jurisprudencial e a focar corretamente uma teoria de interpretação consciente da relatividade de suas regras, mutáveis não de forma arbitrária e independente, mas com relação a tanto às mais diversas circunstâncias histórico-culturais quanto à função e ao objeto a ser interpretado.” (Perlingieri, 2008, p. 65).

É possível redescobrir a peculiaridade do direito somente destacando a sua função organizativa e decisória, que se traduz não na interpretação do dado (jurídico) enquanto tal, mas na individuação da *juridicidade* e na interpretação da necessária dialética fato-norma, em função não meramente recognitiva ou cognitiva, mas aplicativa e regulamentar de conflitos potenciais e reais (Perlingieri, 2008, p. 66).

Orlando Gomes associa à antijuridicidade a infração de uma regra, ainda que nenhum direito subjetivo tenha sido lesado¹⁸. A antijuridicidade transmutar-se-ia em ilicitude, segundo o professor, quando violada a regra jurídica e violado, igualmente, o direito subjetivo de terceiro: “Esse é o domínio da ilicitude, um dos aspectos mais importantes da antijuridicidade. Chama-se ato ilícito o praticado nessas condições” (Gomes, 2011, p. 57). Bruno Miragem, por sua vez, aponta que todo ilícito é antijurídico mas nem todo antijurídico é ilícito¹⁹, asseverando que “[...] antijuridicidade significa a contrariedade ao direito. Não se confunde com a ilicitude, com a qual guarda relação de gênero e espécie” (Miragem, 2015, p. 118). Em sentido semelhante, define Pontes de Miranda, ao demonstrar que a contrariedade ao direito, leia-se, a antijuridicidade, não é elemento da culpa, mas, sim, elemento da ilicitude do ato, sintetizando sua posição na elucidativa fórmula: *contrariedade ao direito + culpa = ato ilícito*²⁰.

Ao estudar a antijuridicidade aplicada ao campo da responsabilidade civil aquiliana, Rafael Peteffi da Silva chama atenção para a utilidade da definição do conceito no sistema de responsabilidade

18 “Sempre, portanto, que a desconformidade jurídica se manifesta como infração de uma regra que disciplina a atuação estritamente jurídica de alguém, o ato é antijurídico, sem lesar diretamente, porém, direito subjetivo de quem quer que seja.” (Gomes, 2011, p. 57).

19 “Dependendo do sentido que se tome para o ilícito (como contrário à lei — mais estrito — e não contrário a direito — mais amplo), todo o ilícito é antijurídico, porém nem todo antijurídico é ilícito.” (Miragem, 2015, p. 118).

20 “A contrariedade a direito, o ir contra o conteúdo da regra jurídica, não é elemento da culpa. É elemento da ilicitude do ato: contrariedade a direito mais culpa igual a ato ilícito. Tal o suporte fático.” (Pontes de Miranda, 2008, p. 71).

civil caracterizado por cláusulas gerais — como a cláusula geral de risco que essa tese se propõe a analisar — por ser o verdadeiro critério de seleção dos fatos que em tese seriam aptos a gerar danos indenizáveis²¹.

Parte da doutrina, analisando a origem do termo antijuridicidade, menciona a dogmática penal alemã como a principal fonte do termo²², que, posteriormente, em traduções para línguas latinas, passou a ser rotineiramente confundido com ilicitude, conforme conclui Massimo Bianca, que, à guisa de exemplo, admite a utilização de ilicitude e antijuridicidade como sinônimos²³. Merece destaque no estudo desse caminho semântico o estudo de Rafael Peteffi²⁴, cuja conclusão é no sentido de enxergar-se uma aproximação prática entre os dois conceitos (ilicitude e antijuridicidade),

21 “Em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, cujo sistema de responsabilidade civil extracontratual é caracterizado por grandes cláusulas gerais, a identificação de fatos que representem contrariedade ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade é, além de tarefa, muitas vezes, árdua, importante critério para selecionar condutas aptas a gerar danos indenizáveis.” (Peteffi da Silva, 2019, p. 170).

22 “Cuando los autores del área germánica empezaron a escribir en su lengua materna, tradujeron el término iniuria bien como Unrecht (literalmente, ‘no Derecho’ o ‘antiderecho’), bien como Rechtswidrigkeit o Widerrechtlichkeit (“antijuridicidad”), aunque probablemente el término más usado hoy día sea Rechtswidrigkeit. Al final de este proceso, el último autor del Usus Modernus Pandectarum, Christian F. Glück (1755-1831), escribió que ‘El daño puede ser causado por una persona cabal mediante la lesión antijurídica (Widerrechtlich) en la cosa de un tercero. Tal daño antijurídico (Rechtswidrig) es llamado *damnum iniuria datum*.’”. Em tradução livre: “Quando os autores da área germânica começaram a escrever em sua língua materna, traduziram o termo *iniuria* tanto como *Unrecht* (literalmente, ‘não Lei’ ou ‘antidireito’), como também como *Rechtswidrigkeit* ou *Widerrechtlichkeit* (‘ilegalidade’), embora provavelmente o termo mais usado hoje seja *Rechtswidrigkeit*. Ao final desse processo, o último autor do *Usus Modernus Pandectarum*, Christian F. Glück (1755-1831), escreveu que ‘O dano pode ser causado por pessoa própria através da lesão ilícita (*Widerrechtlich*) em coisa de terceiro. Tal dano ilícito (*Rechtswidrig*) é chamado de *damnum iniuria datum*.’” (cf. García-Ripoll Montijano, 2013, p. 1.513).

23 “L’illiceità può essere egualmente indicata come antigiuridicità. Illiceità e antigiuridicità esprimono infatti la medesima nozione di contrarietà alla norma”. Em tradução livre: “A ilicitude pode ser indicada igualmente como antijuridicidade. A ilicitude e a antijuridicidade de fato expressam o mesmo conceito de ser contrário à norma” (Massimo, 2012, p. 557).

24 O autor faz arguta investigação a respeito do caminho que termos como *fault* e *unlawfulness* tiveram na doutrina portuguesa e inglesa, na tentativa de investigar a origem e suposta distinção entre os termos da ilicitude e antijuridicidade. Nesse sentido: Peteffi da Silva, 2019, p. 169-214, *passim*.

considerando a imperiosa superação do formalismo jurídico que exigia uma proibição expressamente positivada em lei, para que se pudesse exigir o dever de indenizar²⁵.

Anderson Schreiber enxerga a antijuridicidade como o elemento objetivo da ilicitude. Ao analisar a relevância da antijuridicidade nos casos de responsabilidade civil objetiva, o autor observa criticamente a equivocada postura da jurisprudência, ao deparar-se com casos de responsabilidade objetiva nos quais somente se investiga o nexo, ligando-se a algum dano protegido hipoteticamente por alguma norma, sem investigar a atividade em si — mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, repese-se — ou sua comparação com o interesse lesado, demonstrando que essa associação quase automática do dano nos casos de responsabilidade objetiva pode ser desastrosa:

Note-se: no campo da responsabilidade subjetiva, o juízo de ilicitude (portanto, também de antijuridicidade) da conduta lesiva permite ao magistrado afastar o resultado reparatório nas hipóteses em que o dano é considerado, por assim dizer, justo ou legítimo (porque o resultado do exercício regular de um direito). Tal esfera de discricionariedade judicial não encontra paralelo no âmbito da responsabilidade objetiva, onde o exame acaba se restringindo, como visto, à demonstração do nexo causal. E parece absurdo que seja assim (Schreiber, 2015, p. 192).

Judith Martins Costa sugere o uso dos termos “ilicitude” e “antijuridicidade” como sinônimos, concordando com a posição de José Carlos Moreira Alves²⁶. Para a autora, “antijuridicidade, ou ilicitude, é a contrariedade ao direito”, explicando, ainda, que a

25 “A antijuridicidade possui um conceito operacional próprio, totalmente independente da ideia de culpa. O conteúdo da antijuridicidade, principalmente em sistemas que contam com grandes cláusulas gerais de responsabilidade civil extracontratual, somente pode ser considerado como contrariedade ao ordenamento visto em sua totalidade, superando em muito o viés formalista que exigia uma proibição expressamente positivada em lei.” (Peteffi da Silva, 2019, p. 210).

26 “A rigor, o termo ‘antijuridicidade’ contém uma antinomia, pois o ilícito também pertence ao mundo antijurídico.” (Moreira Alves, 2003, p. 89-90).

antijuridicidade não é necessariamente culposa, observação que particularmente nos interessa quando da aplicação da antijuridicidade no campo da responsabilidade civil aquiliana objetiva:

O ilícito é antijurídico e não é ajurídico: pertence ao mundo do direito, tanto assim que produz efeitos jurídicos. Seguindo-se essa compreensão, seria desnecessário utilizar o termo “antijuridicidade” (que contém uma aporia), não fosse a necessidade de falar compreensivamente acerca da distinção entre ilicitude e culpa. O antijurídico não é necessariamente culposo. A culpa, em sentido lato, consiste no juízo de reprovabilidade sobre a conduta humana, quando negligente, imprudente ou imperita (culpa em sentido estrito), ou quando tem a intenção de causar o dano (dolo). Sinteticamente, pois, culpa é violação de dever preexistente que o agente devia e podia observar. Sendo o ilícito a contrariedade ao direito, é incorreta — embora nada incomum — a confusão entre *ilicitude* e *culpa*, pois mistura dois conceitos diversos e toma, como se sinônimos fossem um pressuposto (ilicitude ou antijuridicidade) e um fator de imputação de responsabilidade civil (culpa). Ademais, *essa indevida conjugação conceitual tem por consequência levar a considerar que, na responsabilidade objetiva (a qual prescinde da culpa, sendo informada por diverso fator de imputação, isto é, pelo risco), seriam indenizáveis os danos decorrentes de uma conduta lícita, o que não é também acertado nem guarda relação lógica e axiológica com o sistema* (grifos nossos, Martins-Costa, 2020, p. 396).

O Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a antijuridicidade, além do dano e do nexa causal, como filtro a ser investigado para deflagrar o dever de indenizar, seja no âmbito da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, afirmando que, para que se estabeleça o dever de indenizar, é preciso estar sempre presente, além do dano e do nexa causal, uma conduta antijurídica.

Foi o que decidiu a Terceira Turma no Recurso Especial 1641868/SP, quando analisava a legitimidade da ruptura imotivada de tratativas preliminares e seus efeitos na responsabilidade pré-contratual²⁷.

O risco antijurídico associado a uma atividade econômica, portanto, seria a atividade que cria um risco proibido por qualquer fonte do direito — seja a lei, enquanto fonte *stricto sensu*, ou qualquer outra fonte do Direito. A comercialização de cigarros e bebidas alcoólicas é uma atividade potencialmente arriscada, mas não é antijurídica, pois a ordem jurídica a reputa como lícita e, inclusive, autoriza-a²⁸. É dizer, portanto, que o mero fato de a atividade ser potencialmente arriscada, como é a atividade de comercialização de fumíferos e bebidas, não autoriza que se faça uma imediata associação entre o risco da atividade e a cláusula geral de risco, pois o risco a que aludiu o legislador parece ter sido, em verdade, o risco antijurídico, e não todo e qualquer risco.

A investigação de qual espécie de risco justificaria a atração do regime objetivo já foi objeto de análise da doutrina italiana. Interessante a definição do risco de Pietro Trimarchi, a partir da noção de “risco ilícito” (*il rischio illecito*)²⁹. O autor explica que, dada a diversidade de situações

27 “DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. QUANTIFICAÇÃO DO DANO. INTERESSES CONTRATUAIS POSITIVOS E NEGATIVOS. IRRESIGNAÇÃO DESPROVIDA. [...]

2. Em caso de responsabilidade civil pré-contratual, o proponente não pode pretender, a título de reparação de danos, indenização equivalente à vantagem que teria obtido com o próprio negócio jurídico que nunca se concretizou (interesses positivos). 3. Verificada a antijuridicidade no rompimento de tratativas negociais, a responsabilidade civil pré-contratual que se estabelece cobre apenas as despesas realizadas para finalização do negócio jurídico frustrado ou em razão dessa mesma operação (interesses negativos). 4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 1.641.868/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe de 6/9/2018)”.

28 A respeito da regulação da venda de cigarros, por exemplo, vide o artigo 8º, parágrafo primeiro, da Lei 9.782/1999, que cria o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), dispondo no referido dispositivo a competência da ANVISA para regular a venda de cigarros: “Artigo 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam *risco* à saúde pública. § 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência: X - cigarros, cigarilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco.” (grifo nosso). No mesmo sentido, a Lei 9.294/1996 dispõe a respeito das restrições à propaganda de bebidas alcoólicas e produtos fumíferos.

29 “*L’illecito à colposo quando l’evento dannoso non è voluto dall’agente e si verifica a causa di*

práticas possíveis e a impossibilidade de a lei ou o regulamento preverem, de antemão, um padrão abstrato de conduta, em alguns casos, mesmo cumprindo-se a lei ou o regulamento, aquele que desenvolve certa atividade poderá, ainda assim, ser responsabilizado pelos danos que decorrerem de sua atividade, afirmando que a culpa poderá responder a um comportamento que exponha a um risco não consentido³⁰. Considerando que praticamente toda atividade humana, segundo o autor, implicará risco para direito de terceiro, ainda que remota, nem toda criação de risco será ilícita³¹. Arremata o autor definindo o risco a partir de uma análise retrospectiva, ao olhar para o passado:

Il rischio è valutato in base alle constatazioni del passato: talvolta mediante indagini scientifiche, in molti casi (soprattutto da parte delle statistiche, che possono portare

negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. [...] Oppure può darsi che l'evento non sia voluto in alcun modo, ma si verifichi in conseguenza di un comportamento pericoloso dell'agente." Em tradução livre: "O facto ilícito é culposo quando o acontecimento danoso não é pretendido pelo agente e ocorre por negligência, imprudência ou in experiência, ou por inobservância de leis, regulamentos, ordens ou disciplina. [...] Ou pode acontecer que o facto não seja de modo algum intencional, mas ocorra como consequência da conduta perigosa do agente." (Trimarchi, 2017, p. 63).

30 *"Sinteticamente, possiamo dire che la colpa, come fondamento della responsabilità civile per danni, consiste in un comportamento che esponga a un rischio non consentito un interesse che sia protetto contro quel tipo di lesione non intenzionale."* Em tradução livre: "Resumidamente, podemos dizer que a culpa, enquanto fundamento da responsabilidade civil por actos ilícitos, consiste num comportamento que expõe um interesse protegido contra uma lesão involuntária a um risco inadmissível." (Trimarchi, 2017, p. 64).

31 *"Quasi tutti le attività umane, comprese quelle socialmente o economicamente necessarie o accettate, importano qualche possibilità, più o meno remota, di danno. Perciò, non ogni creazione di rischio è illecita: perché lo sia occorre innanzitutto che il rischio abbia una certa rilevanza, che sia, cioè, abbastanza alta la probabilità dell'incidente e abbastanza grave il danno minacciato: col crescere della gravità del danno possibile può decrescere la probabilità di esso senza che il rischio cessi di essere irragionevole e, perciò, vietato."* Em tradução livre: "Quase todas as atividades humanas, incluindo aquelas social ou economicamente necessárias ou aceitas, envolvem alguma possibilidade mais ou menos remota de dano. Portanto, nem toda criação de risco é ilícita: para que seja ilícito, antes de tudo, o risco deve ter um certo significado, ou seja, a probabilidade do acidente é alta o suficiente e o dano ameaçado é grave o suficiente: como a gravidade dos possíveis danos aumentam, pode diminuir a probabilidade desses danos, sem que o risco deixe de ser despropositado e, portanto, proibido." (Trimarchi, 2017, p. 68).

*a risultati quantificabili, e assai spesso semplicemente in base all'esperienza pratica di vita, che conduce a qualificare certe situazioni come più o meno pericolose e certi comportamenti come più o meno imprudenti*³².

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Poder-se-ia dizer, com certa impropriedade, portanto, que qualquer atividade potencialmente arriscada — como a venda de cigarros ou a de bebidas alcoólicas — que possa causar danos devesse submeter-se ao regime objetivo, em razão da incidência do artigo 931 do Código Civil³³. Essa não é a melhor interpretação, conforme já explanado acima, pois o artigo 931 pressuporia a existência de *antijuridicidade*.

Se é possível vislumbrar na doutrina certa preocupação com a aplicação indiscriminada do artigo 931 do Código Civil, a ponto de investigar se a antijuridicidade seria um requisito a mais a considerar-se em sua aplicação, a mesma preocupação não se vislumbra na jurisprudência nacional, sendo raríssimos — para não se dizer inexistentes — os precedentes pátrios que tratam da antijuridicidade e aplicação do artigo 931. São poucos os casos em que os tribunais fundamentam suas decisões exclusivamente no artigo 931 do Código Civil e, mesmo nessas situações, o dispositivo apenas é aplicado de forma secundária, a fim de corroborar o regime de responsabilização do Código de Defesa do Consumidor³⁴.

32 Em tradução livre: “O risco é avaliado com base em observações passadas: por vezes através de investigações científicas, em muitos casos sobretudo por estatísticas, que podem levar a resultados quantificáveis, e muitas vezes simplesmente com base na experiência prática da vida, que permite qualificar certas situações como mais ou menos perigosas e certos comportamentos como mais ou menos imprudentes.” (Trimarchi, 2017, p. 73).

33 “Artigo 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”.

34 Conf. STJ, AgInt no REsp 1.843.850/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 10/08/2020, caso a partir do qual colhe-se o interessante trecho, a partir do julgamento pelo tribunal estadual: “Aqui, neste dispositivo, não se alude a defeito do produto, como o faz a legislação consumerista. Ainda que não se possa interpretá-lo literalmente, fato é que, a rigor, há base legal expressa para a responsabilização das indústrias fumageiras. Diante do claríssimo enquadramento da situação delas na moldura do art. 931 do CC, elas é que teriam o ônus de afastar a incidência da norma, demonstrando que seu produto não causou o dano em questão, ou demonstrar alguma outra causa de exclusão da responsabilidade”. No mesmo sentido: STJ, REsp 1.100.571/PE, 4ª Turma, julg. 07/04/2011; STJ, REsp 473.085/RJ, 3ª Turma, julg. 14/06/2004.

>>|

<< Sumário

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encontram-se inúmeras decisões que incorrem no equívoco de equiparar o dispositivo ao regime de responsabilidade civil objetiva contido no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-os indistintamente.

Em uma primeira hipótese, uma empresa contratou serviços junto a um banco para receber pagamentos, por meio de cartão de crédito e débito, e foi vítima de fraude perpetrada por terceiros que trocavam a máquina de leitura do estabelecimento por outra, tendo decidido o tribunal pela aplicação da responsabilidade civil objetiva à espécie, com base no disposto no artigo 931 do Código Civil brasileiro³⁵. São frequentes os casos, ainda, em que se aplica o artigo 931 conjuntamente com o artigo 927, parágrafo único, como se ambos tratassem exatamente dos mesmos requisitos e mesmas hipóteses, asseverando que os dois teriam incorporado a teoria do risco do empreendimento indiscriminadamente³⁶.

Por essas razões, ainda que se trate de responsabilidade civil objetiva, não se pode confundir a prescindibilidade da culpa — lida como o juízo de reprovabilidade da conduta, por meio de imprudência, negligência, imperícia ou dolo — com a imprescindibilidade da antijuridicidade, isto é, contrariedade ao direito, da conduta danosa para configuração do dever de indenizar.

É justamente nesse sentido que deve ser destacado o Enunciado n.º 661, da IX Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, ao demonstrar que a aplicação do artigo 931 do CC “[...] para a

35 Conf. TJRJ, Apelação Cível 0491948-28.2015.8.19.0001, Rel. Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, julg. 30/10/2019, 10ª Câmara Cível. Em caso semelhante, também envolvendo fraude financeira e instituições bancárias, aplicou-se o art. 931 conjuntamente com o art. 14 do CDC, asseverando o julgador que “a hipótese enquadra-se na denominada responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a executar alguma atividade de fornecimento de bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Inteligência dos artigos 927 e 931 do CC.” (TJRJ, Apelação Cível 0022332-21.2017.8.19.0208, Rel. Des. André Emilio Ribeiro Von Melentovytsch, julg. 27/08/2020, 21ª Câmara Cível).

36 Conf. TJRJ, Apelação Cível 0014626-36.2007.8.19.0208, Rel. Des. Mauro Pereira Martins, julg. 17/06/ 2020, 13ª Câmara Cível: “Código de Defesa do Consumidor (art. 12) e Código Civil (arts. 927, parágrafo único, e 931) que albergaram a teoria do risco do empreendimento, na qual aquele que exerce alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de reparar vícios ou defeitos dos bens e serviços por ele postos em circulação, ainda que não tenha atuado com culpa”.

responsabilização dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação *não prescinde da verificação da antijuridicidade do ato*” (grifos nossos). Vale, nesse sentido, analisar a exposição de motivos do Enunciado, a revelar a exata mesma preocupação que ora se coloca: o artigo 931 não exclui a antijuridicidade como requisito de aplicação, de modo que a responsabilidade pelos atos lícitos é subsidiária e excepcionalíssima, conforme pontua a Professora Judith Martins-Costa:

O fato de desempenhar-se normalmente atividade capaz de produzir riscos aos direitos de outrem não decorre, *ipso facto*, o dever de indenizar por todo e qualquer dano porventura decorrente da atividade (Martins-Costa, 2020, p. 389-418, em especial p. 404).

Contrário a esse sentido, anota a Professora Giselda Hironaka que o artigo 931 ensejaria uma espécie de “responsabilidade pressuposta” que, segundo a própria autora, busca criar “[...] um novo critério de fundamentar e de justificar a organização de um novo sistema de responsabilidade civil, ao qual se denomina, pioneiramente, de responsabilidade pressuposta” (Hironaka, 2008, p. 824).

Síntese conclusiva

Assistiu-se a uma reviravolta decisiva no campo da responsabilidade civil nas recentes décadas, a partir do reconhecimento da efetividade do princípio da solidariedade social sobre o dever de indenizar, exigindo a releitura crítica dos requisitos da responsabilidade civil, em especial, a culpa, culminando no conhecido fenômeno de “erosão dos filtros da responsabilidade civil”³⁷. O inaugurado modelo solidarista de responsabilidade civil, fulcrado na proteção da pessoa e não no patrimônio, atende, *prima facie*, a uma exigência irresistível de

37 A erosão dos filtros da responsabilidade civil, explica o Professor Anderson Schreiber, “[...] quer significar a relativa perda da importância da prova da culpa e da prova do nexo causal na dinâmica contemporânea das ações de responsabilização” (Schreiber, 2005, p. 47).

proteção da pessoa e não só do patrimônio³⁸. A solidariedade passa a ser a guia-mestra dos regimes de responsabilização no campo da teoria geral da responsabilidade civil³⁹.

Em nome da ampliação da tutela da vítima de danos injustos, assistiu-se ao fenômeno da erosão dos filtros da responsabilidade civil, que, na visão de parcela da doutrina, não representaria uma

[...] subversão acéfala da dogmática tradicional [mas, em verdade,] a erosão dos filtros da responsabilidade civil explica-se, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às vítimas de um dano (Schreiber, 2005, p. 56) [...],

constatando-se que certos elementos da responsabilidade civil, em especial a culpa, apresentar-se-iam como uma roupa excessivamente justa para compensar todas as vítimas⁴⁰, de modo a demandar sua releitura em prol da solidariedade.

Não obstante tais importantes progressos na teoria geral da responsabilidade civil, especialmente na paulatina superação da culpa em

38 “Os estatutos fundamentais do novo direito estampam-se com outra feição, rejeitando — ou tornando desimportante — aquela segurança advinda de um sistema centrista e fechado em si mesmo, à volta do indivíduo, e cujo fim era a construção de seu acervo patrimonial, a garantia da liberdade contratual e a constituição matrimonializada de sua família. Estampam-se, certamente, na insuperável urgência de reestruturação da primazia da pessoa humana [...]” (cf. Hironaka, 2009, p. 192).

39 “Os paradigmas do individualismo filosófico e do liberalismo econômico formatam uma concepção que já não condiz mais com a cultura e a filosofia do milênio novo. Como um retrato que já não se suporta mais em sua própria moldura — estreita demais para o novo enfoque — avolumam-se as novas necessidades, emergem as atuais tendências e contemporanealiza-se a mentalidade reparatória.” (cf. Hironaka, 2009, p. 203).

40 “*Dans ce contexte, la commisération sociale, qui jusque-là profitait surtout aux responsables tenus de leurs seules fautes, se tourne du côté des victimes. La faute, comme fondement unique de la responsabilité civile, devient alors un vêtement trop étriqué pour indemniser toutes les victimes.*”. Em tradução livre: “Nesse contexto, a solidariedade social, que até então beneficiava principalmente os responsáveis apenas por suas faltas, passa a pender para o lado das vítimas. A culpa, como única base da responsabilidade civil, torna-se então uma vestimenta muito apertada para compensar todas as vítimas.” (Jourdain, 2010, p. 11).

determinadas hipóteses para a proteção da pessoa humana, em nome da coerência do sistema e, sobretudo à luz do cristalino dispositivo 186 do Código Civil, é imperativo que o artigo 931 do Código Civil brasileiro não seja interpretado de forma a impor um regime objetivo genérico a todas as atividades empresariais, significando que um desenvolvedor não pode ser responsabilizado exclusivamente pelo fato de seu produto ter causado dano, sem que seja verificado um defeito no momento em que o produto foi colocado em circulação.

Referências

- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: La responsabilità*, v. 5. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2012.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.
- CALIXTO, Marcelo. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 53-93, jan.-mar. 2005.
- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. In: *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. LXVI, fascículo 4, 2013.
- GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (orgs.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lira Pereira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 824.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Éditions Dalloz, 2010.
- MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça et al (coord.). *Jurisdição e direito privado: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 389-418.
- MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, v. 35, n. 139, p. 5-32, jul.-set. 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. Parecer jurídico proferido nos autos da Ação Civil Pública n.º 5030568-38.2019.4.04.7100, com trâmite na 1ª Vara Federal de Porto Alegre.

- MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 18, ano 6, p. 169-214, jan.-mar. 2019.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição de danos*. São Paulo: Atlas, 2015.
- SCHREIBER, Anderson. Novas tendências de responsabilidade civil brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: FRAZÃO, Ana; CUEVA, Ricardo Villas Bôas (coord.). *Direito Privado: estudos em homenagem ao Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – v. I*, Direito Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2024.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Fundamentos de Direito Civil: teoria geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: *Temas do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Imprensa: Rio de Janeiro, UERJ, 1993, n. 3, p. 1-11, 1995.
- TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*. Milão: Giuffrè Editore, 2017.
- WESENDONCK, Tula. Artigo 931 do Código Civil: repetição ou inovação? In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 154, abr.-jun. 2015.

Doutrina
Direito Penal

O agente público responsável pela preservação dos locais e vestígios de crime: a necessidade de interpretação restritiva do § 2º do artigo 158-A do CPP

The public official responsible for preserving crime scenes and forensic traces: the need for a restrictive interpretation of article 158-A, § 2 of the Brazilian Code of Criminal Procedure

GABRIEL LELIS DA FONSECA FERREIRA¹ 

RODRIGO GRAZINOLI GARRIDO² 

Resumo

A Lei n.º 13.964/2019, ou “Pacote Anticrime”, introduziu a cadeia de custódia no Código de Processo Penal, com o objetivo de garantir a preservação e documentação de vestígios de potencial

1 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília (UnB).

Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-6817-0510>

2 Professor associado da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Pós-doutor em Genética Forense pela UFRJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio de Janeiro (UNIRJ). Graduado em Segurança Pública pela Universidade Federal em Fluminense (UFF). Graduado em Ciências Biológicas - Modalidade Médica pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Perito criminal no Posto Regional de Polícia Técnico-Científica (PRPTC) de Petrópolis (Departamento-Geral de Polícia Técnico-Científica do Estado do Rio de Janeiro - DGTTC / Secretaria de Estado de Polícia Civil do Rio de Janeiro - SEPOL).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6666-4008>

interesse para a produção de prova pericial. No § 2º do artigo 158-A do CPP, a responsabilidade pela preservação desses vestígios é atribuída ao “agente público” que os reconhecer. O conceito de agente público, genericamente considerado, porém, engloba um vasto rol de profissionais dedicados às mais diversas ocupações e de qualquer modo vinculados ao Estado, não sendo razoável encarregá-los, indiscriminadamente, de preservar elementos de potencial interesse para a produção de prova pericial. Nesse sentido, o presente trabalho, por meio de um estudo exploratório baseado em pesquisa bibliográfica, objetiva identificar e isolar os requisitos necessários para a caracterização do agente público de que trata o referido dispositivo, propondo uma interpretação restritiva do § 2º do artigo 158-A do CPP. Conclui-se que somente o agente público dotado de conhecimentos mínimos e autorizado a exercer o poder de polícia poderia ser incumbido do dever previsto na norma processual penal.

Palavras-chave: cadeia de custódia; processo penal; prova pericial; poder de polícia; interpretação jurídica.

Abstract

Law No. 13.964/2019, known as the “Anti-Crime Package”, introduced the chain of custody into the Brazilian Code of Criminal Procedure (CPP), with the aim of ensuring the preservation and documentation of traces that may be of interest for forensic evidence production. In paragraph 2 of article 158-A of the CPP, the responsibility for preserving such traces is assigned to the “public official” who identifies them. However, the concept of a public official, when considered broadly, encompasses a wide range of professionals engaged in various activities and in any way connected to the State. It would not be reasonable to indiscriminately task all of them with the preservation of elements potentially relevant to forensic evidence. In this context, the present work, through an exploratory study based on bibliographic research, aims to identify and isolate the necessary requirements for characterizing the public agent referred to in the mentioned provision, proposing a restrictive interpretation of paragraph 2

of article 158-A of the CPP. It concludes that only a public official who possesses at least a minimal level of knowledge and is authorized to exercise police power should be entrusted with the duty established in the procedural criminal rule.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

Keywords: chain of custody; criminal procedure; expert evidence; police power; legal interpretation.

Introdução

Visando a aperfeiçoar a legislação penal e processual penal brasileira, a Lei Federal n.º 13.964/2019, intitulada “Pacote Anticrime”, promoveu significativas mudanças, entre as quais se destaca a introdução da *cadeia de custódia* no Código de Processo Penal. Com sua disciplina assentada no Capítulo II do Título VII do estatuto, a cadeia de custódia da prova penal se presta, nos termos do artigo 158-A, a rastrear a posse e o manuseio de *vestígios*, os quais são definidos, no § 3º do mesmo artigo, como objetos ou materiais brutos, visíveis ou latentes, constatados ou recolhidos, relacionados à infração penal.

Trata-se, portanto, de um instituto voltado à conservação e documentação de elementos de potencial interesse para a produção de prova pericial, desdobrando-se em procedimentos sucessivos, desde o reconhecimento do vestígio até seu descarte. Além de apresentar a definição legal de cadeia de custódia, o artigo 158-A do CPP delimita seu início no instante em que o local do crime é preservado, ou em que sejam realizados procedimentos policiais ou periciais nos quais se constate a existência de um vestígio. E, visando a assegurar que o vestígio não se perca, o § 2º atribui o dever de sua preservação ao *agente público* que o reconhecer.

Diante disso, indaga-se quem exatamente a lei encarrega da proteção desses elementos a serem submetidos à análise pericial. Afinal, a tarefa não foi encomendada à autoridade policial ou ao agente de segurança pública, mas ao “agente público”, categoria essa que, em sentido amplo, engloba um vasto contingente de pessoas, vinculadas ao Estado de diversas maneiras, e dedicadas às mais diferentes funções. Desde professores primários, passando

>>|

<< Sumário

por auxiliares de serviços gerais, até funcionários de empresas concessionárias do serviço público. Desse modo, inúmeros profissionais poderiam ser considerados agentes públicos, para fins de incidência da norma prevista no § 2º do artigo 158-A do CPP.

Supor-se que a lei processual haja atribuído o dever de preservação de vestígios a todo e qualquer agente público se revela um entendimento de consequências práticas implausíveis, contrário à própria intenção da norma, uma vez que a imperícia do agente, em muitos casos, ameaçaria de deterioração e perda os mesmos elementos vestigiais cuja proteção é almejada pela instituição da cadeia de custódia. Faz-se necessária, assim, uma interpretação de tipo diverso, que limite o sentido e o alcance da expressão “agente público”, a fim de alcançar somente os profissionais que, vinculados ao Estado, tenham aptidão técnica e legal para a proteção daqueles vestígios, garantindo-se o adequado desenvolvimento da cadeia de custódia e a maior confiabilidade da prova produzida.

Atendendo a essa necessidade, o presente trabalho, por meio de um estudo exploratório, com base em pesquisa bibliográfica, propõe-se a identificar e isolar os requisitos indispensáveis para a caracterização do destinatário da norma contida no § 2º do artigo 158-A do CPP. Partindo-se de uma análise da cadeia de custódia da prova penal, tal como se encontra positivada no ordenamento brasileiro, objetiva-se alcançar uma interpretação jurídica doutrinária acerca do referido dispositivo do Código de Processo Penal, com recurso a normas e princípios do direito brasileiro e apoio em bibliografia especializada.

1. O início da cadeia de custódia

Com disciplina jurídica assentada entre os artigos 158-A e 158-F do Código de Processo Penal, a cadeia de custódia figura entre as inovações introduzidas pela Lei n.º 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”. Na definição trabalhada por Carlos Edinger (2016), a cadeia de custódia consiste no dispositivo voltado à proteção da integridade de um vestígio, desde o local do crime, passando pelo seu reconhecimento como prova material, até o trânsito em julgado da decisão final sobre o caso.

Discute o autor o conceito de *cadeia* como ligamento formado por sucessivos elos, que entende como pessoas que manejam os vestígios, desde sua identificação até seu descarte, sendo o elo anterior encarregado por viabilizar o desenvolvimento do elo posterior. Distribuídos assim os deveres de acautelar, colher, transportar, armazenar e documentar os vestígios potencialmente convertidos em prova material, a cadeia de custódia se apresenta como mecanismo que assegura a confiabilidade do elemento de prova, protegendo-o de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória.

Ao introduzir no Direito brasileiro a cadeia de custódia, cuja disciplina se situa entre os artigos 158-A a 158-F, que passaram a integrar o Código de Processo Penal, o legislador cuidou de formular uma definição legal do instituto, nos seguintes termos:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Definindo-a como o grupo de procedimentos voltados à manutenção e à documentação da história de vestígios coletados em locais ou vítimas de crime, o dispositivo apresenta a cadeia de custódia como meio para se resguardarem os indícios de possível ação criminosa, deste modo auxiliando a futura e eventual instrução judicial no esclarecimento sobre a ocorrência e a autoria de fatos criminosos. Na lição de Edinger (2016), contudo, os elos que compõem a cadeia de custódia se manifestam, não apenas naqueles procedimentos, mas também nas *pessoas* que os desempenham, incumbidas do manuseio do vestígio ao longo de toda a sua história cronológica.

A operação que inaugura esse conjunto de procedimentos em série, de acordo com o § 1º do artigo 158-A do Código de Processo Penal, é a preservação do local do crime, ou então os procedimentos policiais ou periciais pelos quais se constate a existência de algum vestígio. É dizer que a cadeia de custódia se inicia com o isolamento do local de ocorrência do possível fato delituoso ou com

os procedimentos voltados à constatação de rastros deixados pela prática do mesmo fato. Quanto à *pessoa* encarregada dessas tarefas, o § 2º do referido artigo dispõe que o responsável pela preservação dos vestígios, ou de elementos de potencial interesse para a produção da prova pericial³, é o *agente público que os reconhecer*.

Identificar com precisão o destinatário dessa norma, isto é, a pessoa que, reconhecendo um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial, fica responsável por sua preservação, é de suma importância, uma vez que não consiste em uma tarefa trivial, e da qual depende a confiabilidade da futura prova produzida a partir do elemento reconhecido. Nesse sentido, cumpre salientar que a lei processual penal não isentou a autoridade policial do dever de se dirigir ao local do possível delito, desde que viável e conveniente, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais, nos termos do artigo 6º, inciso I, do CPP⁴. No entanto, considerando-se a dinâmica da atuação da polícia judiciária, é de se esperar que ela venha a tomar conhecimento do fato somente após ser dele comunicada por outrem, em momento posterior, portanto, àquele em que populares ou mesmo integrantes da polícia ostensiva tomaram ciência do ocorrido.

3 Embora se possa entender corretamente o *vestígio* como elemento de potencial interesse para a produção da prova pericial, cumpre assinalar que o § 3º do artigo 158-A trouxe uma definição legal do conceito, apresentado como “todo objeto material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”.

4 Similarmente, também a Lei n.º 13.022/2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, prevê, em seu artigo 5º, inciso XIV, *in fine*, que é competência específica das guardas municipais preservar o local do crime, quando possível e sempre que necessário. Por sua vez, a Lei Orgânica Nacional das Polícias Cíveis (Lei n.º 14.735/2023), em seu artigo 6º, inciso II, define, entre as competências da Polícia Civil, garantir a preservação dos locais de ocorrência da infração penal, controlando o acesso de pessoas a eles, nas situações de flagrante delito. Curiosamente, no caso das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, a Lei n.º 14.751/2023, lei orgânica nacional que os institui, não lhes atribui essa competência de maneira expressa, sendo encarregados, nos termos do § 6º do artigo 144 da Constituição de 1988, do dever geral de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Entretanto, como se verá, a previsão do § 2º do artigo 158-A também se aplica a essa categoria de agentes públicos, pelos requisitos que aqui se procurarão discutir.

Nesse sentido, para se identificar com exatidão sobre quem recai o dever de preservar os vestígios, para além dos agentes da polícia judiciária, cumpre isolar os requisitos legais que, de forma explícita ou implícita, permitam distinguir os destinatários da norma contida no § 2º do artigo 158-A. Considerando-se que o Pacote Anticrime, na redação do referido dispositivo, acrescido ao CPP, atribuiu tal dever genericamente ao “agente público”, uma investigação que procure identificar seu destinatário deve começar pela investigação desse conceito. Não se confundindo a norma com o texto legal, mas sendo ela fruto da interpretação produzida a partir da leitura do enunciado de lei, cabe ao intérprete, para delimitar o sentido e alcance do comando normativo, determinar, a partir de fontes legais e doutrinárias, o que se deve entender por agente público. Destaca-se, assim, esse conceito, como o primeiro requisito para se identificar quem é incumbido de zelar pelos elementos de potencial interesse para produção de prova pericial.

2. Primeiro requisito: o conceito de agente público

Uma primeira leitura do § 2º revela que a tarefa de preservar os vestígios de interesse para a posterior produção de prova pericial foi encomendada ao “agente público”, o que permite a adoção de um primeiro requisito, de cunho conceitual, pautado pela compreensão precisa do termo empregado pelo legislador. Tomada isoladamente, a expressão “agente público” incita a buscar seu significado em outras fontes normativas, em particular na Lei Federal n.º 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, que, em exata correlação com o § 2º do artigo 158-A do CPP, também emprega o referido termo, definindo-o, em seu artigo 2º, da seguinte maneira:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.

O conceito fornecido por esta norma se notabiliza por sua ampla abrangência. Aqui, o agente público é apresentado como gênero ao qual pertencem as espécies *agente político*, *servidor público* e toda pessoa que exercer, de qualquer modo, mandato, cargo, emprego ou função vinculada à Administração Pública.

Ao disciplinar a perda de *mandato* e de *direitos políticos* decorrente de sanção por ato de improbidade administrativa, a referida lei deixa claro que a expressão “agente político” foi empregada para designar os ocupantes de cargos eletivos, proporcionais ou majoritários, tanto no âmbito do Poder Legislativo como do Poder Executivo, e em todos os níveis federativos. Assim, seriam considerados agentes políticos tanto vereadores e prefeitos como governadores, deputados estaduais, federais, senadores, além do próprio Presidente de República. Na medida em que direitos políticos e, sobretudo, mandatos eletivos, dizem respeito a esta classe de indivíduos, é forçoso inferir que a designação de agente político lhes diga respeito, distinguindo-os como espécie de agentes públicos.

Por sua vez, o conceito de “servidor público”, segundo Alberto Nogueira Júnior (2002), possui distintas definições na doutrina administrativista, destacando-se o entendimento de que consiste em toda pessoa física que presta serviço ao Estado ou às entidades da Administração Pública, direta ou indireta, com vínculo empregatício e remuneração pela Fazenda Pública. O mesmo autor aponta imprecisões e sobreposições dessa definição com a de “funcionário público”, e mesmo de “agente público”, o que, em todo caso, reflete a amplíssima abrangência desse conceito.

Ao se tomar, portanto, a definição de agente público contida na Lei n.º 8.429/1992 como base para a identificação do destinatário da norma contida no § 2º do artigo 158-A do diploma processual penal, conclui-se que o encargo de preservação dos vestígios de potencial interesse para a produção de prova pericial se distribuiria indistintamente a um amplo grupo de pessoas que, de qualquer maneira, integrem a organização do Estado, exerçam algum cargo eletivo, ou prestem algum tipo de serviço à Administração Pública. O simples exercício de mandato, cargo, emprego, ou função vinculada ao poder público, ainda que temporária ou por intermédio de pessoa jurídica de direito privado, bastaria para gerar o dever

legal de preservar vestígios de uma possível ação ou omissão delituosa de qualquer espécie.

Imediatamente, percebe-se como os efeitos práticos dessa interpretação não se mostram razoáveis, uma vez que não se poderia exigir de agentes públicos dedicados às mais distintas funções a iniciativa de acautelar elementos vestigiais de possível fato criminoso, passíveis de ser objeto de futura análise pericial. Mandatários políticos, em geral, e profissionais de diversas especialidades, como professores, merendeiras, estagiários, conselheiros tutelares, auxiliares de serviços gerais, supervisores escolares, técnicos de enfermagem, entre tantos outros de um vastíssimo rol, não poderiam ser encarregados de uma tarefa tão específica como a de preservar elementos de interesse para a produção de prova pericial.

Isto porque a preservação daqueles elementos, sua manipulação e resguardo não podem ser confiados a qualquer daquelas pessoas tidas por agentes públicos, indistintamente, sob pena de o vestígio sequer ser reconhecido, ou de se provocar sua deterioração ou perda completa. A esse respeito, Tavares, Garrido e Santoro (2021) apontam como a inobservância das devidas cautelas, durante a cadeia de custódia, pode implicar o incremento da margem de erro dos exames realizados pela perícia, acarretando menor confiabilidade dos resultados obtidos, bem como maior possibilidade de sua contestação, no âmbito dos processos criminais. Paralelamente, tampouco se pode exigir de qualquer agente público, apenas por essa qualidade, a intervenção sobre a situação fática, que implica restringir a conduta de outras pessoas, como forma de assegurar a proteção dos vestígios contra interferência externas.

À procura de definição mais contígua ao dispositivo processual analisado, integrante da disciplina jurídica criminal material, seria possível recorrer ao conceito ligeiramente distinto de *funcionário público*, trazido pela norma penal explicativa presente no *caput* do artigo 327 do Código Penal, segundo a qual:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei n.º 9.983, de 2000).

Essa definição, assim como aquela trazida pela Lei de Improbidade Administrativa, destina-se a qualificar o sujeito ativo de atos ilícitos, passível de ser responsabilizado pela sua prática. Como se percebe, porém, esta última concepção, embora topograficamente mais próxima do § 2º do artigo 158-A do Código de Processo Penal, incorre na mesma imprecisão das definições anteriores, apresentando como funcionário público toda pessoa que, de forma remunerada ou não, exerça cargo, emprego ou função pública, ainda que transitoriamente. O § 1º do mesmo artigo ainda cuidou de expandir o conceito para abarcar, como funcionários públicos equiparados, aqueles que exerçam cargo, emprego ou função em entidade paraestatal e empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para executar atividade típica da Administração Pública.

Por se mostrar tão ampla quanto as demais definições, esta última também se desdobra em consequências práticas implausíveis, levando-se a incumbir o agente público comum de zelar pelos vestígios que possam vir a ser analisados pela perícia. À luz de suas consequências práticas, além de se revelar um mandamento irrazoável, esse entendimento pode implicar franco prejuízo da intenção por trás da norma contida no § 2º do artigo 158-A do Código de Processo Penal, que é a de dar início à cadeia de custódia, protegendo os vestígios de interesse para a elucidação de fatos históricos penalmente relevantes.

Uma leitura do discutido item normativo que procure acessar seu verdadeiro sentido e alcance apenas pela compreensão do termo “agente público” tomado isoladamente, portanto, não se mostra suficiente, em face da irrazoabilidade de seus reflexos práticos. Tal interpretação, como visto, envolve um espectro excessivamente amplo de pessoas, em sua maioria inaptas à tarefa em questão e desprovidas do poder de intervenção efetiva que ela exige. Desse modo, a fim de não se desvirtuar a racionalidade sistêmica da cadeia de custódia e de se

garantir o melhor resultado da atividade probatória, é preciso isolar outros requisitos que, para além do requisito conceitual, permitam identificar com mais precisão o destinatário da norma em estudo.

Uma vez que a simples condição de agente público — conceito compreendido a partir de outros diplomas legais — não se mostra suficiente para a atribuição do dever previsto no § 2º do artigo 158-A do CPP, cabe ao intérprete procurar extrair, da redação completa do dispositivo, um segundo requisito, de cunho *restritivo*, que, somado ao requisito conceitual, possa auxiliar na caracterização de um tipo específico de agente público. Trata-se de uma delimitação cujas consequências práticas se mostrem mais compatíveis com os propósitos da cadeia de custódia e com a *mens legis* ou intenção da norma.

3. Segundo requisito: o conhecimento mínimo

À procura de uma interpretação suficiente do § 2º do artigo 158-A do CPP, há que se considerar um princípio fundante da hermenêutica jurídica, traduzido no brocardo latino *verba cum effectu sunt accipienda*, segundo o qual a lei não contém palavras inúteis. De acordo com esse princípio, deve ser atribuída efetividade a cada termo insculpido no texto normativo, baseando-se a interpretação na leitura integral do dispositivo. No caso em estudo, esse cuidado permite identificar termos que, completando o sentido da expressão “agente público”, possam reduzir seu alcance, de modo a restringir os destinatários da norma, neste caso, os incumbidos de zelar por elementos de potencial interesse para a produção de prova pericial.

Da leitura completa do § 2º do artigo 158-A do CPP, se apreende que fica responsável pela preservação de vestígios o agente público que os reconhecer como de possível interesse para uma futura produção de itens de evidência. Como se percebe, a redação que se segue à expressão “agente público” desempenha o papel de adjunto restritivo, limitando a abrangência do conceito tomado isoladamente. Disso se conclui que a obrigação ali imposta está atrelada à *aptidão* ou *possibilidade de reconhecimento*, por parte do agente público, de que o elemento vestigial é de potencial interesse para a produção de prova, por parte da perícia.

A leitura gramatical⁵ completa do preceito investigado, pois, não deixa dúvida de que o dever ali positivado não recai sobre todo gênero de agente público, que, como visto, abrange de maneira indistinta e exaustiva as mais diversas classes e categorias profissionais vinculadas ao Estado. Trata-se, antes, de encarregar somente *certo tipo* de agente público, a saber, aquele *capaz de reconhecer* os vestígios como de possível interesse para a produção de prova pericial. Esse reconhecimento, por sua vez, depende de certos conhecimentos, que podem ser mínimos ou alcançarem a *expertise*, e que, em qualquer circunstância, distinguem essa classe de agentes em relação a todo gênero de agentes públicos.

Nesse sentido, portanto, é seguro afirmar que, para haver preservação dos vestígios por parte do agente, eles têm de ser por ele *previamente reconhecidos* e, para que tal reconhecimento ocorra, é necessário que o mesmo agente possua um *conhecimento mínimo* correspondente. Assim se estabelece um liame lógico direto entre *conhecimento*, *reconhecimento* e *preservação*, o que, do ponto de vista prático, limita o âmbito de incidência da norma contida no § 2º do artigo 158-A do CPP aos agentes possuidores de um *saber*, mais ou menos específico, que lhes permita identificar os possíveis elementos de prova, sendo essa identificação o *fato gerador*, por assim dizer, da obrigação imposta pela norma processual penal.

Tome-se, a título de exemplo, certo trecho de via pública onde possa ter ocorrido um homicídio. No local se constata a presença de um cadáver e talvez objetos empregados como

5 Em auxílio da interpretação mais adequada do § 2º do artigo 158-A do CPP, o método *literal* — também chamado gramatical ou exegético — destaca-se como valiosa ferramenta ao intérprete. Em síntese, por seu intermédio, o sentido e alcance da norma jurídica se extraem do significado comum de cada uma das palavras empregadas no preceito legal (Ribeiro; Santana, 2020). Segundo determina a Lei Complementar n.º 95/1998 — que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis —, em seu artigo 11, inciso I, alínea “a”, para obtenção de clareza, as disposições normativas devem ser redigidas com palavras e as expressões havidas em seu sentido comum, a não ser quando a norma versar sobre assunto técnico, caso este em que será empregada nomenclatura própria da área em questão. Sendo assim, a esse mesmo sentido comum das palavras empregado na elaboração da lei deve o intérprete literal recorrer para acessar o sentido e alcance do preceito interpretado.

meio de execução. Um agente de segurança pública, como um policial militar, possuidor de conhecimentos mínimos acerca da persecução penal, ao reconhecer a presença de um elemento de potencial interesse para a produção da prova pericial, fica obrigado a zelar por sua preservação, o que, nos termos do § 1º do artigo 158-A do CPP, dá início a uma cadeia de custódia.

Do mesmo modo, um funcionário técnico de uma empresa concessionária prestadora de serviço público, como o fornecimento de água ou energia, ao vistoriar a rede de distribuição ou o medidor de algum imóvel e ali constatar, com base em seu conhecimento, determinada irregularidade associada a furto ou estelionato, fica também responsável por preservar o local e o objeto, dando início a uma cadeia de custódia. Ou, ainda, um agente ambiental ou fiscal que tome conhecimento de vestígios de possíveis delitos no exercício de sua competência, está igualmente encarregado de os preservar.

Exemplos como esses se multiplicam em diferentes âmbitos e fases da investigação, sempre se subscrevendo à regra de que a proteção do vestígio depende de seu reconhecimento, e este, por sua vez, requer um conhecimento anterior, que pode ser mínimo e geral, relativo a fatos delituosos e seus rastros, bem como sobre a dinâmica da persecução penal e da produção de provas, ou a um conhecimento técnico e específico que habilite o agente em questão a reconhecer elementos que indiquem o cometimento de alguma fraude ou qualquer outra infração.

Percebe-se, assim, pela leitura completa do dispositivo em análise, como ele traz, em si mesmo, elementos gramaticais equivalentes a um segundo requisito, que restringe o sentido e alcance da norma, repercutindo em uma disciplina prática que se coaduna com a racionalidade sistêmica da cadeia de custódia. Todavia, a delimitação mais precisa do âmbito de incidência da norma em estudo exige que se considere um requisito suplementar, associado ao *princípio da estrita legalidade*, o qual, quando aplicado à Administração Pública, impõe balizas rígidas à atuação de seus agentes, os quais só podem agir se autorizados por lei em sentido amplo.

A caracterização do agente público responsável por preservar os vestígios de interesse para a produção de prova pericial, portanto, não se esgota em sua qualidade de agente público e

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

em seu conhecimento específico, que lhe permita identificar e proteger aqueles vestígios. É preciso que, para além disso, seja ele dotado de uma *autorização legal explícita* para agir de maneira preventiva, seja impondo limitações ao trânsito de outras pessoas pelo local do crime, seja restringindo seu acesso a certos objetos de interesse para a produção de prova pericial. Dotado de tais poderes, o agente público está autorizado a atuar para resguardar o interesse público por trás da produção da prova, frequentemente em prejuízo de interesses particulares, de pessoas cuja ação deve ser limitada, a fim de se resguardarem os elementos vestigiais de possíveis interferências externas que os ameacem de deterioração ou perda.

4. Requisito implícito suplementar: o exercício do poder de polícia

Em estudo dedicado ao poder de polícia, Marcia Andrea Bühring (2003) define esse poder como a atividade da Administração Pública ou o conjunto de atividades conferidas ao Estado, voltadas à imposição de limites aos direitos e liberdades individuais, disciplinando-os em benefício do interesse público. É uma faculdade do poder público para restringir o uso e o gozo de bens, de atividades e direitos dos particulares sob a ordem jurídica, a fim de conter abusos, no exercício do direito individual, que se mostrem nocivos ou inconvenientes ao bem-estar coletivo, ao desenvolvimento social e à segurança nacional.

O artigo 78 do Código Tributário Nacional, em seu Título IV, que trata das taxas cobradas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, traz uma definição legal de poder de polícia, nos seguintes termos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

De especial interesse para este trabalho é o entendimento do conceito como conjunto de atribuições da Administração Pública que impõem limitações a direito ou liberdade individual, em prol de um interesse público qualificado em lei, e que supõe uma *norma expressa de competência*, não sendo lícito a ninguém a autopromoção do poder de polícia (Bühning, 2003). Sendo assim, não pode qualquer agente público se servir dessa condição para promover algum tipo de contenção às liberdades privadas, devendo possuir competência legal para tanto, como corolário do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, na forma do artigo 37 da Constituição de 1988.

Como visto, a preservação de vestígios de potencial interesse para a produção de prova pericial tem como requisitos, não só a condição de agente público, mas também o conhecimento mínimo que permita ao agente reconhecê-los e desempenhar os procedimentos que sabe que são necessários para a sua conservação. Contudo, tais requisitos tampouco se mostram suficientes, se considerada a necessidade de intervenção do mesmo agente sobre a situação de fato, a fim de resguardar os elementos vestigiais, muitas vezes em prejuízo da atividade de particulares e em nome do interesse público.

Retornando aos exemplos mencionados na seção anterior, um agente policial que constata a ocorrência de possível homicídio em via pública deverá isolar a área e impedir a passagem de transeuntes no local. Similarmente, um funcionário técnico de uma empresa concessionária fornecedora de água ou energia, ao constatar em aparelho medidor alguma irregularidade indicativa de furto ou estelionato, deverá impedir que particulares atuem para alterar o elemento submetido à fiscalização. O mesmo se observa nos casos de um agente ambiental que reconheça elementos indicativos de possíveis crimes contra o meio ambiente, ou de uma agente fiscal que constata a existência de vestígios de possível crime contra a ordem tributária nacional, entre tantos outros, no exercício de suas respectivas competências.

Conclui-se, assim, que além de ser agente público e possuir conhecimentos específicos que lhe permitam reconhecer o vestígio — dois requisitos explícitos trazidos pelo § 2º do artigo 158-A do CPP —, há, ainda, um terceiro requisito suplementar e não expresso, ou implícito, que permite identificar com exatidão o destinatário da referida norma, a saber, o *exercício de poder de polícia*, a fim de que se possa, legitimamente, exercer o dever ali previsto. Nesse sentido, um agente público

qualquer que, com o fim de proteger tais elementos, agisse restringindo direitos e interesses particulares, sem ser dotado de expressa autorização legal para o exercício do poder de polícia, estaria exorbitando de sua competência, o que se traduziria em abuso de poder, por exercício arbitrário do poder público⁶.

Considerações finais

Ao introduzir a cadeia de custódia no Direito Processual Penal brasileiro, a Lei n.º 13.964/2019 cuidou de estabelecer, no CPP, as diferentes etapas do rastreamento dos vestígios: seu reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte. Compreendendo-se a cadeia de custódia como ligamento cujos sucessivos elos são compostos por tais procedimentos e pessoas dedicadas a seu desempenho, todo o seu desenvolvimento depende de seu momento inaugural, isto é, do *reconhecimento* do vestígio, previsto no inciso I do artigo 158-B do CPP, e definido como o ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial.

As etapas posteriores da cadeia de custódia, até à produção da prova pericial, podem restar prejudicadas pela simples ausência de reconhecimento e falta de isolamento do vestígio, que poderá ser comprometido por interferências externas. Nesse sentido, é preciso definir com clareza o agente público a quem o § 2º do artigo 158-A do CPP encomendou o dever de preservar os elementos de interesse para futura análise pericial. Como se procurou mostrar, o dispositivo de lei traz dois requisitos expressos para definir tal categoria de agentes, havendo ainda um terceiro requisito implícito, decorrente de uma análise jurídica sistêmica.

6 Segundo Bühring (2003), ao agente público é permitido atuar dentro dos limites legais com certa margem de liberdade, desempenhando atos discricionários com base em juízos de conveniência — consistentes na avaliação de utilidade e adequação da ação — e oportunidade — exame do momento mais propício para a execução da ação. Discricionariedade, todavia, não deve ser confundida com arbitrariedade, esta última entendida como uma atuação que se situa fora ou além da legalidade, e que se caracteriza como abuso ou desvio de poder, representando uma agressão ilegítima e inválida à ordem jurídica.

O primeiro requisito, trazido em evidência pelo próprio item, é a qualidade de *agente público*⁷, cujo conceito pode ser extraído de outras fontes normativas e de direito, como a Lei de Improbidade Administrativa e a doutrina jurídica administrativista. Em segundo lugar, o § 2º do artigo 158-A dispõe que se trata do agente público *que reconhecer* o elemento como de potencial interesse da produção probatória, introduzindo, assim, o critério da aptidão para o reconhecimento, que se traduz em um *conhecimento mínimo* de que deve ser dotado o mesmo agente, e que o capacite a identificar o vestígio como tal e resguardá-lo de maneira adequada.

Por fim, acrescenta-se que a preservação de que trata o referido dispositivo implica uma eventual imposição de limites a ações e direitos de particulares como modo de escudar o vestígio de interferências externas. Tal imposição de limites, para ser desempenhada por um agente público, deve ser expressamente autorizada em lei, como decorrência do Princípio da Legalidade aplicado à Administração Pública, na forma do artigo 37 da Constituição de 1988. Sendo assim, apenas um agente público autorizado a exercer o *poder de polícia* poderá ser encarregado da tarefa imposta pelo § 2º do artigo 158-A do CPP, sendo vedado a um agente público qualquer, sob pena de exorbitar de sua competência, se autopromover a esse exercício.

Em trabalho sobre os métodos clássicos de interpretação jurídica, Iara Menezes Lima (2005) ensina que, na hipótese de emprego inadequado de termo no texto normativo que resulte em desconformidade entre a letra da lei e a *mens legis* ou vontade da lei, deve o intérprete proceder a uma interpretação restritiva ou extensiva, conforme o caso. Se, no exercício de sua competência, o legislador diz mais do que pretendia dizer, e o preceito aplicado sem restrições ultrapassa o fim para o qual foi ordenado, cabe ao doutrinador ou operador do Direito interpretá-lo de maneira *restritiva*, isto é, de modo a lhe restringir o sentido e o alcance, adequando a letra da lei à vontade da mesma lei.

7 O ordenamento brasileiro, em legislação específica, prevê algumas hipóteses em que um profissional da área de saúde, sem ser agente público, pode ser encarregado de acautelar vestígios de possíveis infrações penais. É o caso, por exemplo, da Lei n.º 12.845/2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Em seu artigo 3º, § 2º, a lei impõe, indistintamente ao médico no tratamento das lesões, o dever de preservar materiais que possam ser coletados no exame médico legal.

Sendo assim, diante do emprego genérico da expressão *agente público* no § 2º do artigo 158-A do CPP — que abarcaria um rol excessivamente vasto de profissionais vinculados ao Estado como encarregados do dever ali estabelecido —, deve o intérprete aplicar os dois outros requisitos debatidos neste estudo, a fim de restringir o sentido e alcance daquela expressão. Para que haja a devida identificação e preservação dos vestígios de possíveis infrações, portanto, conclui-se que a vontade da lei exige que seu texto seja lido, levando-se em consideração, não somente o conceito de agente público, mas também o conhecimento mínimo possuído por esse agente na prática, além de sua autorização para exercer o poder de polícia.

A necessária interpretação restritiva da norma, operada nesses termos, sinaliza para a importância da capacitação adequada das polícias, bem como dos técnicos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), de agências reguladoras, da Receita Federal, de concessionárias prestadoras de serviço público, entre outros, sobre quem recai a tarefa que dá início a toda a cadeia de custódia. Afinal, é de seu rigoroso trabalho de fiscalização, desempenhado a partir de apurados conhecimentos, que depende o reconhecimento dos vestígios e todo o desdobramento posterior da cadeia de custódia, em benefício da confiabilidade dos resultados produzidos pelos exames periciais, no âmbito do processo penal.

Referências

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/118429.htm. Acesso em: 8 set. 2025.

BRASIL. Lei n.º 13.022, de 8 de agosto de 2014. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 11 ago. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113022.htm. Acesso em: 8 set. 2025.

BRASIL. Lei n.º 14.735, de 23 de novembro de 2023. Institui a Lei Orgânica Nacional das Polícias Cíveis, dispõe sobre suas normas gerais de funcionamento e dá outras

providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 23 nov. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14735.htm. Acesso em: 8 set. 2025.

BRASIL. Lei n.º 14.751, de 12 de dezembro de 2023. Institui a Lei Orgânica Nacional das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos termos do inciso XXI do *caput* do art. 22 da Constituição Federal, altera a Lei n.º 13.675, de 11 de junho de 2018, e revoga dispositivos do Decreto-Lei n.º 667, de 2 de julho de 1969. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 13 dez. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14751.htm. Acesso em: 8 set. 2025.

BÜHRING, Marcia Andrea. A natureza jurídica do poder de polícia é discricionária? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 38, p. 71-99, 30 jun. 2003. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1762>. Acesso em: 8 set. 2025.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 237-257, maio-jun. 2016. Disponível em: <https://bd.tjft.jus.br/items/ab97557c-77dc-4886-bc91-c632157ce04a>. Acesso em: 8 set. 2025.

RIBEIRO, Jéssica Cavalcanti Barros; SANTANA, Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de. Interpretação do direito e do discurso jurídico: uma análise sobre tipos e métodos de interpretação com base na hermenêutica jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 26, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.26_n.108.pdf. Acesso em: 19 jun. 2025.

TAVARES, Natália Lucero Frias; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Prova genética vestigial: a necessidade de implementação de regras específicas para salvaguarda da fiabilidade das informações e exercício do direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 29, n. 186, dez. 2021. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/article/view/1687>. Acesso em: 8 set. 2025.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

Seção Temática

A tutela da evidência na jurisprudência do TJRJ: uma apresentação

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹ 

Tema dos mais relevantes na sistemática processual civil brasileira vigente é a tutela da evidência. E se esclareça desde logo: tutela da evidência, como está escrito no CPC, e não “de evidência”, como tantas vezes se lê. O TJRJ já tem tratado do tema em diversos acórdãos, que são reunidos nesta publicação. E aí se pode ter um sinal de que, de um modo geral, o tema vem sendo tratado de forma bastante adequada (ainda que haja uma ou outra decisão cujo acerto possa ser tido por questionável).

A tutela da evidência é uma tutela provisória cuja concessão não depende da demonstração de urgência. Ou seja, é um mecanismo destinado tão somente a, sem que haja uma situação de perigo, distribuir o ônus do tempo do processo de forma mais equilibrada. É que, como regra, todo o peso da demora do processo recai sobre o demandante. Afinal, a ele cabe aguardar todo o tempo do processo para que, ao final, caso se sagra vencedor, possa obter o bem jurídico que postula através de sua demanda. Já o demandado, mesmo que não tenha razão, permanece todo o tempo do processo fruindo (às vezes indevidamente) do bem jurídico em disputa.

A prática forense brasileira já estava, há muitos anos, acostumada com a tutela provisória de urgência, satisfativa (a assim chamada *tutela*

1 Desembargador com assento na 9ª Câmara de Direito Privado e na Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas / Rio de Janeiro (FGV-RJ) e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2001-8219>

antecipada) ou não satisfativa (a *tutela cautelar*). Pois agora se começa a ver com mais frequência casos em que a tutela provisória é deferida sem que haja qualquer tipo de urgência, apenas para redistribuir o ônus do tempo do processo. Pense-se, por exemplo, no autor que vai a juízo contra uma associação de moradores a que jamais se associou, afirmando que contra ele começaram a ser dirigidas cobranças de contribuições associativas, e formulando pedido de que sejam obstadas essas cobranças. É muito fácil para ele demonstrar o fato constitutivo de seu direito, bastando para isso juntar um boleto que lhe tenha sido encaminhado. De outro lado, a prova de que ele teria se associado (cujo ônus cabe ao réu) pode ser de difícil produção. Basta pensar na possibilidade de a associação alegar que a vontade de se associar foi manifestada verbalmente, numa reunião, havendo necessidade de produção de prova testemunhal. Ocorre que a pretensão do autor encontra apoio no Tema Repetitivo 882 do STJ, assim enunciado: “As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram”. Pois em um caso como esse, mesmo que não haja urgência, não faz sentido ter-se de aguardar todo o tempo da instrução probatória para que se possa deferir ao autor algum tipo de tutela processual. É o caso, então, de se deferir tutela provisória, com base no art. 311, II, do CPC, fazendo com que passe a ser do réu o interesse em fazer o processo se desenvolver rapidamente, já que é dele o ônus da prova que ainda precisa ser produzida e, pois, deve ser dele o ônus de suportar os efeitos da demora do processo.

De outro lado, percebe-se que na maioria das decisões se observou que não existe algo como um “*poder geral de tutela da evidência*”. Existe um poder geral de tutela de urgência, que permite ao Judiciário deferir tutelas de urgência atípicas, em qualquer caso concreto, bastando que se justifique a decisão demonstrando-se a existência de probabilidade do direito e de fundado receio de que a demora gere dano grave, de difícil ou impossível reparação. Mas não existe um poder geral de tutela da evidência. E isso significa que a tutela da evidência só é cabível nos casos expressamente previstos em lei. E essa lei não é necessariamente o art. 311 do CPC. Basta que se lembre aqui do despejo liminar, previsto no art. 59, § 1º, da Lei de Locações, um claro caso de tutela provisória cuja concessão não depende da demonstração de urgência e, portanto, é uma verdadeira *tutela da evidência*.

Também é preciso perceber que nem sempre a tutela da evidência poderá ser deferida antes da citação. Há casos em que ela só faz sentido mesmo depois da manifestação da parte demandada, como é o caso da tutela da evidência fundada no abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I, do CPC). Afinal, seria — para dizer o mínimo — excêntrico afirmar-se ter havido abuso do direito de defesa de quem jamais teve chance de apresentar uma defesa.

Muito mais poderia ser dito sobre a tutela da evidência. Elogios e críticas a esse ou àquele entendimento poderiam ser feitos, mas não é este o local apropriado para isso. Esta é, porém, a sede perfeita para que os interessados no tema comecem a entender como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro vem tratando da tutela da evidência.

Jurisprudência

Agravo de Instrumento nº 0034620-62.2025.8.19.0000 **Relator: Desembargador Augusto Alves Moreira Junior**

Direito de Família. Agravo de instrumento. Tutela de evidência. Decretação imediata do divórcio, antes da citação da parte contrária. Indeferimento que se mantém.

I. Caso em exame

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão do juízo de primeiro grau, que indeferiu a tutela de evidência pleiteada pelo autor, de decretar imediatamente o divórcio das partes, antes da citação da parte contrária.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em analisar a possibilidade de concessão da tutela de evidência para decretar imediatamente o divórcio das partes, sem que tenha sido angularizada a relação processual.

III. Razões de decidir

3. A tutela de evidência, prevista no artigo 311, incisos II e IV, do Código de Processo Civil, tem como fundamento o juízo de probabilidade do direito, com base nas alegações de fato que puderem ser comprovadas documentalmente. 4. Nos casos do inciso II, deve existir tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, o que não é o caso dos autos. Por outro lado, a hipótese do inciso IV não autoriza a concessão liminar, nos termos do parágrafo único do artigo 311, do diploma processual em vigor. 5. Ausência de previsão legal para a concessão da tutela de evidência pleiteada. Ainda que o divórcio seja um direito potestativo, deve ser observado o princípio do contraditório, por se tratar de medida que implica a alteração do estado civil, sendo imperiosa a prévia citação. 6. Como já ocorreu a citação no processo originário, poderá o juízo de primeiro grau, se for o caso, decretar o divórcio, através do julgamento antecipado do mérito, o que não se revela cabível em sede recursal, sob pena de supressão de instância. IV. Dispositivo Recurso a que se nega provimento. Dispositivos relevantes citados: artigos 311, 355 e 356 do Código de Processo Civil. Jurisprudência relevante citada: 0032120-23.2025.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Eduardo de Azevedo Paiva - Julgamento: 28/05/2025 - Terceira Câmara de Direito Privado - Antiga 18ª Câmara Cível; 0105565-11.2024.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Gabriel de Oliveira Zefiro - Julgamento: 15/05/2025 - Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado - Antiga 19ª Câmara Cível; 0024491-95.2025.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Andre Luiz Cidra - Julgamento: 28/04/2025 - Vigésima Câmara de Direito Privado - Antiga 11ª Câmara Cível.

Inteiro teor em segredo de justiça

Agravo de Instrumento nº 0070048-42.2024.8.19.0000
Relator: Desembargador Gilberto Clóvis Farias Matos

Seção Temática

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO INCONDICIONADO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. ARTIGO 311, IV, DO CPC. DEFERIMENTO LIMINAR. POSSIBILIDADE. REFORMA DA R. DECISÃO. 1. A Emenda Constitucional nº 66/2010 promoveu uma mudança de paradigma no Direito de Família, ao suprimir os requisitos temporais para dissolução do casamento e simplificar o processo para cessação do vínculo conjugal, constituindo o divórcio em direito potestativo e incondicional, a depender unicamente da vontade daquele que não mais deseja permanecer casado. 2. O fundamento do instituto da tutela da evidência é assegurar a antecipação de efeitos em hipóteses nas quais há a presunção de uma cognição maturada pelas hipóteses normativas apresentadas no artigo 311 do CPC. 3. Demonstrada a existência da relação matrimonial por meio de documento hábil e havendo pedido expresso de divórcio, a despeito de se tratar de tutela constitutiva, é viável a sua imediata decretação, sendo dispensada a formação do contraditório, uma vez que o único elemento necessário à sua concessão é a manifestação de vontade de um dos cônjuges, expressada nos autos. 4. Reforma da R. Decisão. 5. Provimento ao recurso.

Inteiro teor em segredo de justiça

Agravo de Instrumento nº 0047955-51.2025.8.19.0000
Relator: Desembargador Luciano Rinaldi de Carvalho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO C/C PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. DECRETAÇÃO LIMINAR DO DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO. CONTRADITÓRIO. IMÓVEL GRAVADO COM USUFRUTO. INDEFERIMENTO DE RETIRADA COMPULSÓRIA DA CÔNJUGE. 1. Recurso interposto pelo autor, visando à reforma da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de decretação liminar do divórcio e de retirada da cônjuge do imóvel comum. 2. Direito potestativo à dissolução do vínculo conjugal que, à luz da EC 66/2010,

>>|

<< Sumário

pode ser reconhecido de forma liminar. Possibilidade de concessão de tutela provisória de evidência quanto ao pedido de divórcio. 3. Necessidade, contudo, de preservação das garantias processuais e do contraditório quanto aos demais efeitos materiais decorrentes do divórcio, especialmente quando se pleiteia a retirada da parte adversa do domicílio conjugal, ainda que gravado com cláusula de usufruto. 4. Ausência de demonstração de risco concreto e de urgência objetiva a justificar a exclusão unilateral da cônica do imóvel sem a devida dilação probatória e prévia oitiva. Necessidade de instrução sobre direito de moradia e demais efeitos patrimoniais. 5. Provimento parcial do recurso.

Inteiro teor em segredo de justiça

Agravo de Instrumento nº 0050223-78.2025.8.19.0000
Relator: Desembargador Luiz Umpierri de Mello Serra

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. INDEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. POSSIBILIDADE DA DECRETAÇÃO LIMINAR DO DIVÓRCIO. ARTIGO 226, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO POTESTATIVO, QUE PODE SER EXERCIDO PELA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DE APENAS UMA DAS PARTES. NATUREZA CONSTITUTIVA DA SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA DECRETAR LIMINARMENTE O DIVÓRCIO. ARTIGO 311, IV DO CPC. PROVIMENTO DO RECURSO.

Inteiro teor em segredo de justiça

Agravo de Instrumento nº 0029989-75.2025.8.19.0000
Relatora: Desembargadora Claudia Nascimento Vieira

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). TUTELA DE URGÊNCIA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. Decisão de primeiro grau, em sede de ação anulatória de débito fiscal, relativo ao ISS, que indeferiu a antecipação de tutela vindicada, com fundamento na ausência dos requisitos do art. 300 do Código de

Processo Civil. Irresignação do autor, pugnano pela reforma da decisão, objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, eis que o tributo já fora recolhido aos cofres de outro município. Descabimento. A tutela provisória poderá ser de urgência, subdividida em satisfativa ou cautelar, ou de evidência (art. 294, CPC). A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos moldes do art. 300 do Código de Processo Civil. Por sua vez, a tutela de evidência não objetiva afastar o risco de dano econômico ou jurídico, mas tão somente combater a injustiça suportada pela parte que tinha a seu favor a evidência do direito material. Enquanto o Agravante sustenta que o ISS foi pago ao município onde a obra foi executada, o Agravado alega que o serviço prestado se limitou à elaboração do projeto, por meio de subempreitada, o que implica o recolhimento do tributo aos cofres do município onde se situa o estabelecimento prestador. Embora o Agravante suscite a aplicação da tese do Superior Tribunal de Justiça explanada no REsp Repetitivo nº 1.117.121, observa-se que no precedente mencionado todas as etapas da obra foram realizadas pelo mesmo contribuinte, diferentemente da hipótese dos autos, haja vista que o Agravante apenas elaborou o projeto, por meio de subempreitada, conforme declaração do próprio recorrente nos autos originários. Ausência dos requisitos autorizadores da tutela provisória de urgência, eis que não evidenciada a probabilidade do direito e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Da mesma forma, não se vislumbra, em juízo de cognição sumária, a presença das hipóteses autorizativas de concessão da tutela de evidência elencadas no art. 311, CPC. Pretensão do Agravante que depende de instrução probatória, mostrando-se prudente e adequado, por ora, o indeferimento do pedido antecipatório deduzido da inicial. Somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou a evidente prova dos autos. Inteligência do verbete nº 59 da Súmula deste Tribunal. Decisão do juízo de origem que merece ser mantida por seus próprios fundamentos. RECURSO DESPROVIDO.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00048BED9586A-9972103DE4FBA6218D3695DC5192A1E3717>

>>|

<< Sumário

Agravo de Instrumento nº 0048655-27.2025.8.19.0000
Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - TUTELA DE EVIDÊNCIA REQUERIDA DE FORMA LIMINAR - ART. 311, IV, DO CPC - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO DE INDEFERIMENTO MANTIDA. Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c cobrança, na qual o autor, servidor público municipal, formulou pedido liminar visando a compelir o Município réu a implementar em seus contracheques o percentual de 7%, a título de Gratificação de Incentivo à Escolaridade, conforme prevê o art. 2º, V, da Lei Municipal nº 1.891/2007, com base em prova documental juntada aos autos de origem. Nos termos do art. 311, IV, do CPC, a tutela de evidência será concedida quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Dispositivo que não comporta flexibilização da regra do contraditório prévio (art. 9º, do CPC). Nesse caso, a evidência só seria demonstrada após o fracasso do réu na oposição de prova capaz de gerar dúvida razoável ao Juízo acerca dos fatos alegados na inicial, o que, por óbvio, só poderia ocorrer após a sua manifestação nos autos. Ausência de citação do Município réu na ação principal. Manutenção do *decisum* guerreado. Desprovemento do recurso.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E13985E-3424CB6ADFF814739882EDE14C5195831325A>

Agravo de Instrumento nº 3000372-19.2025.8.19.0000
Relatora: Desembargadora Leila Maria Rodrigues
Pinto de Carvalho e Albuquerque

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COBRANÇA. IMPLEMENTAÇÃO DO PISO SALARIAL NACIONAL PARA PROFESSOR ESTADUAL. TUTELA DE EVIDÊNCIA. A AUTORA, PROFESSORA ESTADUAL APOSENTADA, INGRESSOU EM JUÍZO BUSCANDO QUE SEU VENCIMENTO-BASE SEJA REAJUSTADO DE ACORDO COM O PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO ESTABELECIDO PELA LEI FEDERAL Nº 11.738/2008, OBSERVANDO-SE O INTERSTÍCIO DE 12%, DE ACORDO

COM AS LEIS ESTADUAIS NºS 1.614/90, 5.539/09, 5.584/09 E 6.834/14, O QUE PEDIU ANTECIPADAMENTE. INDEFERIMENTO DA TUTELA CONTRA O QUAL ELA SE INSURGE. INICIALMENTE, CUMPRE CONSIGNAR QUE, A DESPEITO DE TER SIDO RECONHECIDA A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.326.541, QUE ORIGINOU O TEMA 1218, EM DECISÃO PROFERIDA EM 27/05/2022, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO SE OBSERVA QUALQUER DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE A MATÉRIA NOS REFERIDOS AUTOS. TAMBÉM NÃO HÁ QUE SE FALAR EM SUSPENSÃO DO FEITO EM VIRTUDE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0228901-59.2018.8.19.0001, AJUIZADA PELO SINDICATO ESTADUAL DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO DO RIO DE JANEIRO - SEPE/RJ EM FACE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, UMA VEZ QUE A PROPOSITURA DE UMA AÇÃO COLETIVA, POR SI SÓ, NÃO RETIRA DO INTERESSADO A POSSIBILIDADE DE VINDICAR SEU DIREITO SUBJETIVO EM JUÍZO. NO MÉRITO, EMBORA NÃO SE IGNORE OS PRECEDENTES DA ADI Nº 4.167 E DO TEMA 911 DO STJ, FATO É QUE EXISTE EM ANDAMENTO APRECIACÃO QUANTO À MATÉRIA ESPECÍFICA PELA SUPREMA CORTE, QUAL SEJA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.326.541, QUE DEU ORIGEM AO TEMA 1218. ASSIM, UMA VEZ QUE EXISTE A POSSIBILIDADE DE A SUPREMA CORTE DECIDIR DE FORMA DIVERSA DA PRETENDIDA PELOS DOCENTES, O DEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA EM TAIS DEMANDAS PODERIA IMPACTAR EM GRANDE PREJUÍZO AO ERÁRIO. JUSTAMENTE POR ESSA RAZÃO, NO ÂMBITO DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, FOI DETERMINADA, NOS AUTOS DA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 0071377-26.2023.8.19.0000, A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSOS E CUMPRIMENTOS INDIVIDUAIS PROVISÓRIOS DE SENTENÇA, PENDENTES OU SUPERVENIENTES, QUE VERSEM SOBRE A MESMA MATÉRIA, O QUE, POR EVIDENTE, OBSTA A CONCESSÃO DA TUTELA ORA REQUERIDA. PONTUA-SE, POR OPORTUNO, QUE O INDEFERIMENTO DA TUTELA NÃO IMPLICA RISCO DE DANO GRAVE À PARTE AUTORA, UMA VEZ QUE TODAS AS VERBAS VENCIDAS E VINCENDAS NO CURSO DO PROCESSO SERÃO DEVIDAS PELO ESTADO, CASO OS TRIBUNAIS SUPERIORES DECIDAM A FAVOR DOS DOCENTES. ASSIM SENDO, EM QUE PESEM OS FUNDAMENTOS DO RECURSO, NÃO SE VISLUMBRA POSSÍVEL, NESTE MOMENTO, O DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Decisão extraída do sistema ePROC em 04/09/2025 - TAGB

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D3943AA62E54E494583804A745EC1942C51950452062>

>>|

<< Sumário

Agravo de Instrumento nº 0050697-49.2025.8.19.0000
Relatora: Desembargadora Lucia Regina Esteves de Magalhães

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA E DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ QUE NÃO PROSPERA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto pela Associação de Moradores contra decisão que deferiu o pedido de tutela de evidência, na forma do artigo 311, II, do CPC, para determinar a imediata suspensão da cobrança das cotas associativas, bem como para que se abstenha de impedir ou dificultar (i) o acesso do Autor, seus familiares, visitantes, empregados ou prestadores de serviços à residência locada, inclusive em veículos, e (ii) o recebimento das correspondências.

II. Questão em discussão

2. Verificar a presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela de evidência, quais sejam, a prova documental das alegações e a existência de tese firmada em julgamento repetitivo ou súmula vinculante.

III. Razões de decidir

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento, antes do advento da Lei nº 13.465/17, sob a sistemática dos recursos repetitivos, no sentido de que taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram. 4. Nesse mesmo sentido, no julgamento do RE nº 695.911/SP, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral da matéria (Tema 492/STF), firmou a tese de ser "inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou

moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis". 5. Hipótese dos autos em que, a princípio, não restou evidenciada a adesão voluntária do Agravado à Associação Agravante, tampouco registro do estatuto social da associação na matrícula do imóvel, o que, em tese, inviabiliza a cobrança nos termos dos precedentes vinculados já citados. 6. "Termo de Adesão" anexado pela Agravante que corresponde, na verdade, a uma ficha cadastral de locação, da qual não se extrai, em um ponto sequer, que o subscritor estaria aderindo à Associação de Moradores. 7. Anuência expressa do proprietário/possuidor do imóvel que pode ser afastada quando, diante de situação excepcional e das peculiaridades fáticas, identifica-se que ele tenha contribuído, de forma efetiva e continuada, usufruindo, durante esse período, dos benefícios dela decorrentes, o que também não é o caso dos autos, pois não há provas de que o Agravado tivesse contribuído, em qualquer tempo, para as cotas associativas. 8. Decisão que, por ora, deve ser mantida, vez que demonstrados os requisitos autorizadores da tutela de evidência.

IV. Dispositivo e Tese

9. Recurso conhecido e desprovido.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040637EF294B-BCE07D212893640A542CD1C5194E04530C>

Agravo de Instrumento nº 0051215-39.2025.8.19.0000
Relator: Desembargador Luiz Eduardo C Canabarro

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. DEFERIMENTO DA LIMINAR. INSURGÊNCIA RECURSAL. DESPROVIMENTO. PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. A LIMINAR DE DESPEJO POSSUI NATUREZA DE TUTELA DE EVIDÊNCIA, OU SEJA, DISPENSA A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO

>>|

<< Sumário

PERICULUM IN MORA, CONSISTINDO, EM VERDADE, EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO LOCADOR, DESDE QUE MEDIANTE O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS, QUAIS SEJAM, AUSÊNCIA DE GARANTIA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO E DEPÓSITO DE CAUÇÃO EQUIVALENTE A TRÊS MESES DE ALUGUEL. INSTA SALIENTAR SER POSSÍVEL A CONCESSÃO DE LIMINAR DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO SEM A PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO NOS CASOS EM QUE O VALOR DEVIDO SUPERA EM MUITO O EQUIVALENTE A TRÊS MESES DE ALUGUEL, HIPÓTESE DOS AUTOS. ASSIM, A TODA EVIDÊNCIA, A TUTELA DE URGÊNCIA PODE SER CONCEDIDA, COM BASE NA DOCUMENTAÇÃO EXISTENTE NOS AUTOS, HAJA VISTA QUE A LOCATÁRIA INADIMPLENTE SEMPRE PODERÁ, COM FULCRO NO ART. 59, § 3º DA LEI DAS LOCAÇÕES, EVITAR A RESCISÃO DA LOCAÇÃO E ELIDIR A LIMINAR DE DESOCUPAÇÃO SE, DENTRO DOS 15 (QUINZE) DIAS CONCEDIDOS PARA A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL E INDEPENDENTEMENTE DE CÁLCULO, EFETUAR DEPÓSITO JUDICIAL QUE CONTEMPLE A TOTALIDADE DOS VALORES DEVIDOS, NA FORMA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 62. NESTE DIAPASÃO, COMPROVADOS O INADIMPLEMENTO E A AUSÊNCIA NO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE QUAISQUER DAS GARANTIAS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA LEI 8.245/91, DE RIGOR O DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR DE DESPEJO, *INAUDITA ALTERA PARS*, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 59, § 1º, INCISO IX, DAQUELA MESMA LEI. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. ENTENDIMENTO DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO TEMA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041F397B93A-930786FOA518F698B1BF1CFC51942104B4E>

Apelação nº 0093563-06.2024.8.19.0001

Relator: Desembargador Marco Antonio Ibrahim

Apelação Cível. Tributário. ITBI. Repetição de Indébito. Hipótese em que se questiona a base de cálculo do imposto de transmissão à luz das teses vinculadas ao Tema 1113 do STJ. Sentença de procedência do pedido. Irresignação do Poder Público que questiona a necessidade de suspensão do processo por conta da inexistência do trânsito em julgado do precedente obrigatório, bem como insiste na possibilidade

de arbitramento de ofício da base de cálculo do ITBI. Em relação ao primeiro aspecto, afasta-se o alegado *error in procedendo*. O Código de Processo Civil não estabelece uma regra absoluta para suspensão processual, mas sim uma norma adaptável às peculiaridades do caso concreto, conforme decidido na Questão de Ordem no RE 966.177 (DJ 07/06/2017), em que destacado a inexistência de suspensão automática dos processos pendentes. No caso, verifica-se que, conquanto admitido o recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, não houve determinação expressa de suspensão. Logo, não há óbice ao julgamento da presente demanda. Ademais, a aplicação da tese fixada em recurso extraordinário ou especial repetitivo prescinde do trânsito em julgado do acórdão paradigmático, o qual produz efeitos imediatos em relação a todos os recursos envolvendo a mesma questão jurídica. No mérito, o contexto probatório evidencia o acerto das conclusões do julgador de primeiro grau, na medida em que milita em favor do contribuinte a presunção de que a transação observou o valor de mercado, não sendo a mesma ilidida por procedimento administrativo próprio, consoante prevê o padrão decisório firmado no Tema 1113 do STJ. Recurso desprovido.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004333D6EF4E-60C33D8D24CECE39B67E797C51A054C3304>

Agravo de Instrumento nº 0050676-73.2025.8.19.0000 **Relator: Desembargador Paulo Wunder de Alencar**

DIREITO DAS SUCESSÕES. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE QUINHÃO HEREDITÁRIO. CONSENSO ENTRE HERDEIROS. TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de levantamento parcial de valores formulado em favor das herdeiras E. e A. L., sob o fundamento de que, até a partilha, não seria possível a entrega de quinhão, meação ou legado.

>>|

<< Sumário

II. Questão em discussão

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é juridicamente admissível o adiantamento de valores do acervo hereditário antes da partilha, com base em acordo entre os herdeiros; (ii) estabelecer se, no caso concreto, estão presentes os requisitos legais e fáticos para o deferimento da tutela provisória de evidência.

III. Razões de decidir

3. O art. 647, parágrafo único, do CPC, autoriza que o juiz defira, em sede de tutela antecipada, o exercício de direitos de uso e fruição de bens determinados do espólio, desde que esses bens integrem o quinhão do herdeiro ao final da partilha. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de concessão de tutela provisória de evidência, nos casos em que houver consenso entre os herdeiros sobre a antecipação da fruição de bens do espólio, dispensando a demonstração de urgência. 5. Na hipótese, todos os herdeiros anuíram expressamente ao levantamento parcial em favor das herdeiras idosas, com previsão de compensação futura, inexistindo litígio ou risco de prejuízo ao acervo hereditário, ou à Fazenda Pública. 6. O espólio dispõe de patrimônio suficiente para suportar a liberação parcial pleiteada, incluindo ativos superiores a dois milhões de reais e outros bens, o que afasta eventual comprometimento da solvência do espólio, ou do regular andamento do inventário. 7. A liberação pretendida atende à finalidade alimentar, diante da situação de vulnerabilidade das herdeiras beneficiárias, ambas idosas e aposentadas, sendo medida que concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.

IV. Dispositivo e Tese

8. Recurso provido. Tese de julgamento: O adiantamento de valores do espólio antes da partilha é admissível, por tutela provisória de evidência, quando houver consenso entre os herdeiros e ausência de prejuízo à integralidade do acervo hereditário. Dispositivos relevantes citados: CPC, art. 647, parágrafo único. Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp 1.738.656/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 28.08.2018.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045EA0EF449D-CEBAC40BD3ABAD3AFA74ABC5194D3E5B4A>

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - PROFESSORA ESTADUAL - PRETENSÃO DE ADEQUAÇÃO DE VENCIMENTOS - O AJUIZAMENTO DE DEMANDA COLETIVA NÃO REPRESENTA ÓBICE PARA DEFESA DO DIREITO POSTULADO PELA APELADA - PISO SALARIAL NACIONAL DA CATEGORIA FIXADO PELA LEI FEDERAL Nº 11.738/2008 - POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO, DE FORMA IMEDIATA, PARA OS OCUPANTES DE NÍVEIS SUPERIORES DA CARREIRA - PREVISÃO NA LEI ESTADUAL Nº 5539/2009 - DIFERENÇAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS - DEFERIMENTO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. A pretensão autoral tem amparo na Lei Federal nº 11.738/2008, que estabeleceu o piso nacional para os professores do magistério público da educação básica. No caso, a autora é professora estadual aposentada, tendo ocupado nível superior na carreira, com carga horária de 22 horas semanais. Tendo em vista que na referida Lei Federal não há determinação de incidência automática em toda a carreira e reflexo imediato sobre as demais vantagens e gratificações, o STJ, no regime de recursos repetitivos, julgamento do REsp nº 1.426.210/RS, firmou entendimento acerca da possibilidade de implementação do piso salarial profissional nacional, de forma imediata, para os ocupantes de níveis superiores da carreira, somente quando houver previsão nas legislações locais. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, há previsão na Lei nº 5.539/2009, que estabelece a relação entre o piso da categoria e os níveis superiores da carreira do magistério estadual, dispondo que o vencimento-base guardará o interstício de 12% (doze por cento) entre referências. Servidor que faz jus ao pagamento das diferenças salariais. Presença dos requisitos do artigo 311, II, do CPC, a autorizar a concessão da tutela de evidência. Desprovisionamento do recurso do réu e provimento do recurso da autora.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=-000467F31B199944F7F29E6728096DAOCF16C519493B4317>

Jurisprudência STJ

Nota

A seção “Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” reúne seleção de temas julgados sob o rito dos recursos repetitivos, com as respectivas ementas e acesso ao inteiro teor dos acórdãos por meio de link vinculado ao processo-paradigma principal.

O leitor encontrará os mais recentes julgamentos de mérito proferidos pela Corte Especial e pelas Primeira, Segunda e Terceira Seções do Superior Tribunal de Justiça, todos com aplicação no âmbito da Justiça Estadual.

Jurisprudência STJ
Direito Público

Questão submetida a julgamento: Definir se a fundamentação por referência (*per relationem* ou por remissão) – na qual são reproduzidas as motivações contidas em decisão judicial anterior como razões de decidir – resulta na nulidade do ato decisório, à luz do disposto nos artigos 489, § 1º, e 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC de 2015.

Tese Firmada: 1. A técnica da fundamentação por referência (*per relationem*) é permitida desde que o julgador, ao reproduzir trechos de decisão anterior (documentos e/ou pareceres) como razões de decidir, enfrente, ainda que de forma sucinta, as novas questões relevantes para o julgamento do processo, dispensada a análise pormenorizada de cada uma das alegações ou provas.

2. O § 3º do artigo 1.021 do CPC não impede a reprodução dos fundamentos da decisão agravada como razões de decidir pela negativa de provimento de agravo interno quando a parte deixa de apresentar argumento novo para ser apreciado pelo colegiado.

Processos-paradigma: REsp 2148059/MA, REsp 2148580/MA e REsp 2150218/MA.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial nº 2148059 – MA (2024/0199093-4)**, de relatoria do **Ministro Luis Felipe Salomão**, com acórdão publicado em 05 de setembro de 2025.



Ementa

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA N. 1.306/STJ. FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. VALIDADE DESDE QUE GARANTIDOS O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. CASO CONCRETO NO QUAL A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA IMPLICOU FLAGRANTE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

I. Caso em exame

1. Recurso Especial – afetado ao rito dos repetitivos (Tema n. 1.306) – interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão que, ao julgar embargos de declaração opostos contra acórdão que manteve a monocrática negativa de provimento da apelação da parte autora, considerou suficiente (e válida) a fundamentação consubstanciada na transcrição *ipsis litteris* (isto é, palavra por palavra) da sentença de improcedência.

II. Questão em discussão

2. A utilização da técnica da fundamentação por referência (*per relationem* ou por remissão) – na qual são reproduzidos trechos de decisão anterior, documento e/ou parecer como razões de decidir – resulta (ou não) na nulidade do ato decisório, tendo em vista o disposto nos artigos 489, § 1º, e 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC de 2015.

III. Razões de decidir

3. O dever constitucional de fundamentação subordina todos os integrantes do Poder Judiciário, aos quais é vedado proferir decisões arbitrárias, ou seja, pronunciamentos jurisdicionais que não se coadunem com o conceito democrático do exercício do poder, que exige a justificação – dialógica, racional e inteligível – do ato decisório de modo a viabilizar o seu “controle interno” pela parte e pelas instâncias judiciais subsequentes, bem como o seu “controle externo e difuso” pela sociedade.

4. Além da explicitação das razões fáticas e jurídicas consideradas determinantes para a resposta oferecida aos jurisdicionados, deve o magistrado “enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada”, conforme preconiza o inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC.

5. Nada obstante, “a função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios” – observadas as pretensões e as resistências apresentadas pelas partes –, não se prestando a discutir teses jurídicas como se fosse uma “peça acadêmica ou doutrinária”.

ria”, tampouco se destinando “a responder a argumentos, à guisa de quesitos, [a exemplo de um] laudo pericial” (REsp n. 209.048/RJ, relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 4/11/2003, DJ de 19/12/2003).

6. Sob tal perspectiva, a validade da fundamentação por referência – como técnica de motivação da decisão judicial – é reconhecida pelo STF quando verificada “a compatibilidade entre o que alegado e o entendimento fixado pelo órgão julgador”, ficando dispensado, contudo, “o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”, nos termos da tese jurídica firmada por ocasião do julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 339 (AI n. 791.292 QORG/PE, relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/6/2010, DJe de 13/8/2010) e reafirmada pelo Plenário em 2023 (RE n. 1.397.056 ED-AgR/MA, relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 13/3/2023, DJe de 28/3/2023). No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ.

7. Outrossim, é assente nesta Corte que a norma inserta no § 3º do artigo 1.021 do CPC – segundo a qual “é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno” – deve ser interpretada em conjunto com a regra do inciso IV do § 1º do artigo 489. Desse modo, “na hipótese em que a parte insiste na mesma tese, repisando as mesmas alegações já apresentadas em recurso anterior, sem trazer nenhum argumento novo – ou caso se limite a suscitar fundamentos insuficientes para abalar as razões de decidir já explicitadas pelo julgador – não se vislumbra nulidade quanto à reprodução, nos fundamentos do acórdão do agravo interno, dos mesmos temas já postos na decisão monocrática” (EDcl no AgInt nos EAREsp n. 996.192/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 26/11/2019, DJe de 10/12/2019).

8. No caso concreto, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão violou o inciso IV do § 1º do artigo 489 do CPC, pois, desde o julgamento monocrático da apelação manejada pela autora, observa-se que não foram enfrentados argumentos que, ao menos em tese, infirmam a sentença de improcedência da pretensão voltada ao reconhecimento da nulidade do contrato de empréstimo consignado. Na ocasião, o relator, após apresentar dados estatísticos desvinculados do feito e discorrer vaga e genericamente sobre a fundamentação por referên-

cia, limitou-se a transcrever a sentença sem rebater os elementos fáticos (indicativos de fraude) suscitados pela parte.

9. Apesar de instado a esclarecer tais questões no âmbito de agravo interno e de embargos de declaração, o Tribunal de origem manteve-se silente, restringindo-se a repisar a regularidade da utilização da fundamentação por referência sem relacionar o caso dos autos aos argumentos apresentados pela autora desde a réplica. Consequentemente, mostra-se evidente a negativa de prestação jurisdicional ensejadora da nulidade do acórdão estadual, o que, por consectário lógico, impõe o afastamento da multa aplicada pela Corte estadual com base no § 2º do artigo 1.026 do CPC.

10. *Teses jurídicas fixadas para fins dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC*

“1. A técnica da fundamentação por referência (*per relationem*) é permitida desde que o julgador, ao reproduzir trechos de decisão anterior, documento e/ou parecer como razões de decidir, enfrente, ainda que de forma sucinta, as novas questões relevantes para o julgamento do processo, dispensada a análise pormenorizada de cada uma das alegações ou provas;

2. A reprodução dos fundamentos da decisão agravada como razões de decidir para negar provimento ao agravo interno, na hipótese do § 3º do artigo 1.021 do CPC, é admitida quando a parte deixa de apresentar argumento novo e relevante a ser apreciado pelo colegiado.”

IV. Dispositivo

11. Recurso Especial da autora provido a fim de cassar o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para rejuízo dos embargos de declaração e excluir a multa do § 2º do artigo 1.026 do CPC.

Primeira Seção

Tema Repetitivo 1273

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

Questão submetida a julgamento: Definir o marco inicial do prazo decadencial para impetração do mandado de segurança, com o objetivo de impugnar obrigação tributária que se renova periodicamente.

Tese Firmada: O prazo decadencial do art. 23 da Lei 12.016/2009 não se aplica ao mandado de segurança cuja causa de pedir seja a impugnação de lei ou ato normativo que interfira em obrigações tributárias sucessivas, dado o caráter preventivo da impetração decorrente da ameaça atual, objetiva e permanente de aplicação da norma impugnada.

Processos-paradigma: REsp 2103305/MG e REsp 2109221/MG.

Ementa proferida no **Recurso Especial nº 2103305 - MG (2023/0371813-9)**, de relatoria do **Ministro Paulo Sérgio Domingues**, com acórdão publicado em 03 de outubro de 2025.



Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 1.273/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ART. 23 DA LEI 12.016/2009. DISCUSSÃO ACERCA DE LEI OU ATO NORMATIVO QUE INTERFERE EM OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS SUCESSIVAS. INAPLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL. CARÁTER PREVENTIVO DO *MANDAMUS* EVIDENCIADO PELA AMEAÇA ATUAL, OBJETIVA E PERMANENTE DE APLICAÇÃO DA NORMA DISCUTIDA. FIXAÇÃO DE TESE JURÍDICA VINCULANTE. SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO: RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A existência de ameaça atual e objetiva a direito líquido e certo (“justo receio”), torna esse direito amparável, em caráter preventivo, por mandado de segurança, e essa ação, nessa hipótese, não se submete ao prazo decadencial do art. 23 da Lei 12.016/2009. Conclusão referendada por jurisprudência estável e uniforme de ambas as Turmas de Direito Público deste Superior Tribunal de Justiça.
2. Em se tratando de obrigações tributárias sucessivas, a cada fato gerador ocorrido ou consumado sucede outro cuja ocorrência ou

<< Sumário

consumação é iminente, o que coloca o contribuinte em um estado de ameaça de lesão a direito não apenas atual e objetiva, mas também permanente, evidenciando o caráter preventivo do mandado de segurança pela presença constante do “justo receio”. Nesse cenário, não há como se cogitar de aplicação do prazo decadencial do art. 23 da Lei 12.016/2009. Doutrina, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ a corroborar essa compreensão.

3. Tese jurídica de eficácia vinculante, sintetizadora da *ratio decidendi* do julgamento paradigmático: *O prazo decadencial do art. 23 da Lei 12.016/2009 não se aplica ao mandado de segurança cuja causa de pedir seja a impugnação de lei ou ato normativo que interfira em obrigações tributárias sucessivas, dado o caráter preventivo da impetração decorrente da ameaça atual, objetiva e permanente de aplicação da norma impugnada.*

4. Solução do caso concreto: rejeição da alegação de violação aos arts. 489, II e III, § 1º, IV, e 1.022, II, do CPC. Rejeição, também, da tese fazendária de violação ao art. 23 da Lei 12.016.2009, haja vista que, em se tratando de controvérsia acerca de norma que interferiu na dinâmica de obrigações tributárias sucessivas (majoração de alíquota de ICMS incidente sobre consumo de energia elétrica), está demonstrado o caráter preventivo do *mandamus*, decorrente da ameaça atual, objetiva e permanente de aplicação da norma em desfavor do contribuinte-impetrante.

5. Recurso Especial a que se nega provimento.

Primeira Seção

Tema Repetitivo 1350

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

Questão submetida a julgamento: Definir se, até a prolação da sentença nos embargos, é possível que a Fazenda Pública substitua ou emende a Certidão de Dívida Ativa (CDA), para incluir, complementar ou modificar o fundamento legal do crédito tributário.

Tese Firmada: Não é possível à Fazenda Pública, ainda que antes da prolação da sentença de embargos, substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa (CDA) para incluir, complementar ou modificar, o fundamento legal do crédito tributário.

Processos-paradigma: REsp 2194708/SC, REsp 2194734/SC e REsp 2194706/SC.

Ementa proferida no **Recurso Especial nº 2194708 - SC (2025/0031024-1)**, de relatoria do **Ministro Gurgel de Faria**, com acórdão publicado em 22 de outubro de 2025 e trânsito em julgado em 22 de dezembro.



Ementa

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TEMA 1.350 DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA OU DEFICIÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A inscrição em dívida ativa tributária, descrita no § 3º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980, é ato administrativo vinculado e, por sua própria natureza, ato de controle administrativo da legalidade do crédito, devendo conter cada um dos elementos exigidos pela Lei (art. 2º, § 5º, da Lei n. 6.830/1980), sob pena de impossibilitar-se a apuração da certeza e da liquidez da dívida.

2. A certidão de dívida ativa é o espelho do ato de inscrição, sendo produzida unilateralmente pelo credor e devendo conter os mesmos elementos do termo de inscrição de dívida, na forma do § 6º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980, pois é o documento que instrumentalizará a inicial da execução fiscal (art. 6º, § 1º, da LEF), com a qual poderá até mesmo constituir um único documento (§ 2º do mesmo dispositivo).

<< Sumário

3. A deficiência na indicação do fundamento legal da exação no bojo da CDA (título executivo extrajudicial que deve gozar de certeza, liquidez e exigibilidade) espelha a deficiência no próprio ato de inscrição de dívida e/ou do lançamento que lhe deu origem, não se configurando simples erro formal sujeito à correção por mera substituição do título executivo.

4. Tese jurídica fixada: “Não é possível à Fazenda Pública, ainda que antes da prolação da sentença de embargos, substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa (CDA) para incluir, complementar ou modificar, o fundamento legal do crédito tributário.”

5. Caso concreto: o Tribunal catarinense, no sentido contrário à orientação do STJ, afastou a possibilidade de decretação de nulidade do título executivo por deficiência na indicação do fundamento legal da exação antes que fosse oportunizada à exequente a prerrogativa do art. 2º, § 8º, da LEF.

6. Recurso Especial provido.

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Corte Especial Tema Repetitivo 1368

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

Questão submetida a julgamento: Definir se a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) deve ser considerada para a fixação dos juros moratórios a que se referia o art. 406 do Código Civil antes da entrada em vigor da Lei nº 14.905/2024.

Tese Firmada: O art. 406 do Código Civil de 2002, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.905/2024, deve ser interpretado no sentido de que é a SELIC a taxa de juros de mora aplicável às dívidas de natureza civil, por ser esta a taxa em vigor para a atualização monetária e a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Processo-paradigma: REsp 2199164/PR.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial nº 2199164 - PR (2025/0061839-6)**, de relatoria do **Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**, com trânsito em julgado em 12 de novembro de 2025.



Ementa

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL. TEMA 1368. INTERPRETAÇÃO DO ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL. RELAÇÕES CIVIS. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. APLICAÇÃO DA SELIC. RECURSO PROVIDO.

1. A questão em discussão consiste em saber se a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) deve ser considerada para a fixação dos juros moratórios a que se referia o art. 406 do Código Civil antes da entrada em vigor da Lei nº 14.905/2024.
2. A taxa SELIC é a única taxa atualmente em vigor para a mora no pagamento de impostos federais, conforme previsto em diversas legislações tributárias (Leis 8.981/95, 9.065/95, 9.250/95, 9.393/96, 10.522/2002, Decreto 7.212/2010, entre outras), possuindo também status constitucional a partir da Emenda Constitucional n. 113.
3. Outra conclusão, levaria a um cenário paralelo em que o credor civil passaria a fazer jus a uma remuneração superior a qualquer aplicação financeira bancária, pois os bancos são vinculados à SELIC. Não há falar em função punitiva dos juros moratórios, eis

<< Sumário

que para isso existem as previsões contratuais de multa moratória, sendo a sua função apenas a de compensar o deságio do credor. Segundo o art. 404 do Código Civil, se os juros não cobrem o prejuízo, o juiz pode inclusive conceder indenização suplementar.

4. Fixar juros civis de mora diferentes do parâmetro nacional viola o art. 406 do CC e causa impacto macroeconômico. A lei prevê que os juros moratórios civis sigam a mesma taxa aplicada à mora de impostos federais, garantindo harmonia entre obrigações públicas e privadas. Como esses índices oficiais são ajustados conforme a macroeconomia, o valor aplicado nas relações privadas não deve superar o nível básico definido para toda a economia.

5. Nos temas 99, 112 e 113 fixados em recursos especiais repetitivos, a Primeira Seção desta Corte definiu as teses no sentido de ser a SELIC a taxa legal referenciada na redação original do art. 406 do Código Civil.

6. A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal reconhece a validade da SELIC como índice de correção monetária e juros moratórios, aplicável às condenações cíveis em geral, conforme já decidido por esta Corte Especial em 2008, por ocasião do julgamento do REsp 727.842/SP (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8/9/2008 e publicado no DJe de 20/11/2008), e reafirmada em 2024 no julgamento do REsp 1.795.982/SP (Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 21/8/2024 e publicado no DJe de 22/10/2024), sendo este último confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao desprover o RE 1.558.191/SP (Rel. Min. André Mendonça, Segunda Turma, Sessão Virtual de 05/09/2025 a 12/09/2025 e publicado no DJe de 08/10/2025).

7. A SELIC, por englobar juros de mora e correção monetária, evita a cumulação de índices distintos, garantindo maior previsibilidade e alinhamento com o sistema econômico nacional.

8. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Tema 1368. O art. 406 do Código Civil de 2002, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.905/2024, deve ser interpretado no sentido de que é a SELIC a taxa de juros de mora aplicável às dívidas de natureza civil, por ser esta a taxa em vigor para a atualização monetária e a mora no pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

9. Definição do caso concreto: Recurso Especial provido.

Segunda Seção

Tema Repetitivo 1279

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Questão submetida a julgamento: Fixação do termo inicial da fluência do prazo para quitação integral da dívida nas ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, nos termos do art. 3º, §1º, do Decreto-Lei n. 911/1969.

Tese Firmada: Nas ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, o prazo de 5 dias para pagamento da integralidade da dívida, previsto no art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/69, começa a fluir a partir da data da execução da medida liminar.

Processo-paradigma: REsp 2126264/MS.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial n.º 2126264 - MS (2023/0239091-4)**, de relatoria do **Ministro Antonio Carlos Ferreira**, com acórdão publicado em 5 de setembro de 2025:



Ementa

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. IRDR. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. TERMO INICIAL PARA QUITAÇÃO DE DÍVIDA. EXECUÇÃO DA MEDIDA LIMINAR. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em exame

1. Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul proferido em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que fixou o entendimento de que o prazo para quitação integral da dívida em ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente começa a fluir a partir da execução da medida liminar.
2. A recorrente alegou que o prazo para purgação da mora deveria iniciar-se a partir da ciência da apreensão do bem, e não da execução da liminar.

II. Questão em discussão

3. A questão em discussão consiste em determinar o termo inicial para a contagem do prazo de 5 dias para quitação integral da dívida em ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, conforme o art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/69.

III. Razões de decidir

4. O STJ reiterou que o prazo de 5 dias para quitação integral da dívida começa a fluir a partir da execução da medida liminar, conforme o art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911 /69.

5. A legislação especial prevalece sobre a norma geral do CPC, que prevê a contagem de prazos a partir da citação ou intimação, aplicando-se o princípio da especialidade.

6. Cuida-se de hipótese de mora *ex re* em que, nos termos do art. 397 do Código Civil, o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

IV. Dispositivo e Tese

7. Recurso desprovido. Tese de julgamento: Para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese relativamente ao Tema n. 1.279: *Nas ações de busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, o prazo de 5 dias para pagamento da integralidade da dívida, previsto no art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei n. 911/69, começa a fluir a partir da data da execução da medida liminar.*

Dispositivos relevantes citados: Decreto-Lei n. 911/69, art. 3º, § 1º; CPC/2015, art. 230. Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp 1.418.593/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14.05.2014; STJ, REsp 1.933.739/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.06.2021.

Segunda Seção

Tema Repetitivo 1173

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Questão submetida a julgamento: Definir os limites da responsabilidade do corretor de imóveis ou da sociedade intermediadora da compra e venda por danos causados ao consumidor, em razão do descumprimento, pela construtora/incorporadora, de obrigação relativa à entrega de empreendimento imobiliário, prevista no contrato de promessa de compra e venda.

Tese Firmada: O corretor de imóveis, pessoa física ou jurídica, não é, normalmente, responsável por danos causados ao consumidor, em razão do descumprimento, pela construtora ou incorporadora, de obrigações relativas ao empreendimento imobiliário, previstas no contrato de promessa de compra e venda, salvo se demonstrado: (i) envolvimento do corretor nas atividades de incorporação e construção; (ii) que o corretor integra o mesmo grupo econômico da incorporadora ou construtora; ou (iii) haver confusão ou desvio patrimonial das responsáveis pela construção em benefício do corretor.

Processos-paradigma: REsp 2008542/RJ e REsp 2008545/DF.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial n.º 2008545 - DF (2021/0328507-2)**, de relatoria do **Ministro Raul Araújo**, com acórdão publicado em 29 de setembro de 2025 e trânsito em julgado em 25 de novembro de 2025:



Ementa

DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DESCUMPRIMENTO, PELA CONSTRUTORA OU INCORPORADORA, DE OBRIGAÇÕES RELATIVAS AO EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. RESPONSABILIDADE DO CORRETOR DE IMÓVEIS. AUSÊNCIA. TESE FIXADA. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em exame

1. Recurso Especial interposto por sociedade corretora de imóveis contra acórdão do Tribunal de Justiça que confirmou sentença condenando-a, solidariamente com a incorporadora, à devolução de valores pagos a título de comissão de corretagem e taxa SATI, em razão de inadimplemento contratual pela incorporadora na entrega de unidade imobiliária.
2. A sentença declarou rescindido o contrato de promessa de compra e venda e condenou a incorporadora à restituição integral dos valores pagos pelo consumidor, além de condenar a corretora à devolução solidária dos valores de comissão de corretagem e taxa SATI.
3. O Tribunal de Justiça manteve a condenação solidária da corretora, entendendo que os integrantes da cadeia de consumo respondem solidariamente pelos danos causados ao consumidor.

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em definir os limites da responsabilidade do corretor de imóveis ou da sociedade intermediadora da compra e venda por danos causados ao consumidor, em razão do descumprimento, pela construtora ou incorporadora, de obrigações relativas ao empreendimento imobiliário, previstas no contrato de promessa de compra e venda de imóvel.

III. Razões de decidir

5. Conforme os arts. 722 e 723 do Código Civil, a atividade de corretagem consiste na intermediação de negócios, sendo limitada à aproximação das partes e à prestação de informações sobre o negócio jurídico, sem vínculo direto com as obrigações assumidas pelos contratantes no contrato de compra e venda.
6. Assim, normalmente, inexistente responsabilidade do corretor de imóveis ou da sociedade intermediadora por descumprimento de obrigações, pela construtora ou incorporadora, relativas ao empreendimento imobiliário, salvo se demonstrado envolvimento do corretor nas próprias atividades de incorporação ou construção, integração do

mesmo grupo econômico da incorporadora ou construtora ou, ainda, confusão patrimonial. De acordo com o parágrafo único do art. 723 do Código Civil, haverá responsabilidade do corretor apenas por eventuais falhas na prestação inerente aos próprios serviços de corretagem.

7. No caso concreto, não há elementos que indiquem falha na prestação do serviço de corretagem ou envolvimento da corretora nas atividades de incorporação e construção, o que afasta sua responsabilidade solidária pela devolução dos valores pagos pelo consumidor.

IV. Dispositivo e Tese

8. Recurso Especial provido para afastar a responsabilidade solidária da sociedade intermediadora pela devolução dos valores pagos pelo consumidor.

9. Tese de julgamento - Para efeito do art. 1.036 do CPC, propõe-se a seguinte tese repetitiva para o Tema 1.173/STJ: *“O corretor de imóveis, pessoa física ou jurídica, não é, normalmente, responsável por danos causados ao consumidor, em razão do descumprimento, pela construtora ou incorporadora, de obrigações relativas ao empreendimento imobiliário, previstas no contrato de promessa de compra e venda, salvo se demonstrado: (i) envolvimento do corretor nas atividades de incorporação e construção; (ii) que o corretor integra o mesmo grupo econômico da incorporadora ou construtora; ou (iii) haver confusão ou desvio patrimonial das responsáveis pela construção em benefício do corretor”.*

Jurisprudência STJ
Direito Penal

Terceira Seção

Tema Repetitivo 1194

Jurisprudência STJ
Direito Penal

Questão submetida a julgamento: Definir se eventual confissão do réu, não utilizada para a formação do convencimento do julgador, nem em primeiro nem em segundo grau, autoriza o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.

Tese Firmada: 1. A atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é apta a abrandar a pena independentemente de ter sido utilizada na formação do convencimento do julgador e mesmo que existam outros elementos suficientes de prova, desde que não tenha havido retratação, exceto, neste último caso, que a confissão tenha servido à apuração dos fatos. 2. A atenuação deve ser aplicada em menor proporção e não poderá ser considerada preponderante no concurso com agravantes quando o fato confessado for tipificado com menor pena ou caracterizar circunstância excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade.

Processo-paradigma: REsp 2001973/RS.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial n.º 2001973 - RS (2022/0141273-1)**, de relatoria do **Ministro Og Fernandes**, com acórdão publicado em 16 de setembro de 2025.



Ementa

DIREITO PENAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA N. 1.194 DO STJ. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. DESNECESSIDADE. RETRATAÇÃO. EFEITOS. CONFISSÃO PARCIAL E QUALIFICADA. PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. TESES FIXADAS COM MODULAÇÃO DE EFEITOS.

I. Caso em exame

1. Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que rejeitou a aplicação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código

Penal, sob o fundamento de que a confissão não foi utilizada na formação do convencimento do julgador, porque retratada.

2. O recorrente busca a redução da pena com base na aplicação da atenuante da confissão espontânea e a revisão do aumento de pena derivado dos maus antecedentes.

II. Questão em discussão

3. Há duas questões em discussão: (i) saber se a confissão espontânea do réu não utilizada para a formação do convencimento do julgador ou para o desdobramento das investigações, bem como a confissão parcial ou qualificada, autoriza o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, discussões objeto de Recurso Especial repetitivo; e (ii) saber se o aumento da pena em razão dos maus antecedentes foi aplicado de forma proporcional e razoável.

III. Razões de decidir

4. A confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é apta a promover o abrandamento da pena independentemente de ter sido utilizada na formação do convencimento do julgador, desde que não tenha havido retratação ou, no caso de retratação, que a confissão tenha servido à apuração dos fatos.

5. A atenuação deve ser aplicada em menor proporção e não poderá ser considerada preponderante no concurso com agravantes quando o fato confessado for tipificado com menor pena ou caracterizar circunstância excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade.

6. O aumento da pena em razão dos maus antecedentes deve observar os princípios da proporcionalidade e não obedece a critérios estritamente matemáticos, sendo possível uma elevação mais acentuada quando o agente apresentar múltiplos registros criminais.

7. Fixação de teses para o Tema n. 1.194 do STJ, conforme arts. 927, III, e 1.036 do Código de Processo Civil, com modulação de efeitos definida com fundamento no § 3º do art. 927 do mesmo diploma legal.

IV. Dispositivo e Tese

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

8. Resultado do Julgamento: Recurso parcialmente provido para aplicar a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, fixando a pena definitiva em 1 ano e 7 meses de reclusão. Teses fixadas para o Tema n. 1.194 com modulação de efeitos. Teses do Tema n. 1.194 do STJ:

1. A atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, é apta a abrandar a pena independentemente de ter sido utilizada na formação do convencimento do julgador e mesmo que existam outros elementos suficientes de prova, desde que não tenha havido retratação, exceto, neste último caso, que a confissão tenha servido à apuração dos fatos.

2. A atenuação deve ser aplicada em menor proporção e não poderá ser considerada preponderante no concurso com agravantes quando o fato confessado for tipificado com menor pena ou caracterizar circunstância excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade. Dispositivos relevantes citados: CP, art. 65, III, d; CP, art. 59; CP, art. 68; CPC, art. 927, III e § 3º; CPC, art. 1.036.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AREsp n. 2.123.334/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 20/6/2024, DJe de 2/7/2024; STJ, REsp n. 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022; STJ, AgRg no AREsp n. 1.640.414/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9/6/2020, DJe de 18/6/2020; STJ, AgRg no HC n. 986.463/PA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/8/2025, DJEN de 18/8/2025.

<< Sumário

Terceira Seção

Tema Repetitivo 1236

Questão submetida a julgamento: Definir se, para obtenção da remição da pena pela conclusão de curso na modalidade a distância, a instituição de ensino deve ser credenciada junto à unidade prisional em que o reeducando cumpre pena para permitir a fiscalização das atividades e da carga horária efetivamente cumprida pelo condenado.

Tese Firmada: A remição de pena em razão do estudo a distância - EAD demanda a prévia integração do curso ao Projeto Político-Pedagógico - PPP da unidade ou do sistema prisional, não bastando o necessário credenciamento da instituição junto ao MEC, observando-se a comprovação de frequência e realização das atividades determinadas.

Processos-paradigma: REsp 2085556/MG REsp 2086269/MG e REsp 2087212/MG.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial n.º 2085556 - MG (2023/0245375-1)**, de relatoria do **Ministro Og Fernandes**, com acórdão publicado em 12 de novembro de 2025.



Ementa

DIREITO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA N. 1.236 DO STJ. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DE PENA POR ESTUDO A DISTÂNCIA. REQUISITOS. RECURSO PROVIDO. TESE FIXADA.

I. Caso em exame

1. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que manteve a decisão de concessão de remição de pena ao reeducando pela conclusão de cursos na modalidade de ensino a distância sem exigência de credenciamento da instituição de ensino na unidade prisional.
2. O Ministério Público alegou ter sido violado o art. 126, §§ 1º, I, e 2º, da Lei de Execução Penal - LEP, sustentando que a ausência de

convênio da instituição de ensino com a unidade prisional inviabiliza a fiscalização das atividades e a aferição da carga horária diária efetivamente cumprida, sendo necessário o cumprimento dos requisitos previstos na Resolução n. 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

3. Afetação como Recurso Especial Repetitivo dos paradigmas REsp n. 2.085.556/MG, REsp n. 2.086.269/MG e REsp n. 2.087.212/MG, nos termos dos art.s 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil, como Tema n. 1.236 do STJ, para formação de precedente vinculante (CPC, art. 927, III), delineada a seguinte questão: “Definir se, para obtenção da remição da pena pela conclusão de curso na modalidade a distância, a instituição de ensino deve ser credenciada junto à unidade prisional em que o reeducando cumpre pena para permitir a fiscalização das atividades e da carga horária efetivamente cumprida pelo condenado.”

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em saber se a remição de pena por estudo a distância pode ser concedida sem comprovação de que as atividades foram oferecidas por instituições certificadas e fiscalizadas pelos órgãos competentes, incluindo o credenciamento/autorização da instituição de ensino pela unidade ou sistema prisional.

III. Razões de decidir

5. A remição de pena pelo estudo a distância deve observar os requisitos previstos no art. 126, § 2º, da Lei de Execução Penal e na Resolução n. 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça, sendo necessária a certificação por autoridades competentes e a integração ao Projeto Político-Pedagógico – PPP da unidade prisional.

6. A concessão da remição de pena pelo estudo a distância – EAD requer comprovação da frequência efetiva do cumprimento das horas diárias exigidas e do credenciamento da instituição pelo sistema prisional.

7. No caso concreto, a instituição de ensino não possuía convênio com a unidade prisional, não atendendo aos requisitos que devem ser observados para viabilizar a remição de pena.

<< Sumário

IV. Dispositivo e Tese

8. Resultado do Julgamento: Recurso provido.

Tese de julgamento e de solução do Tema n. 1.236 do STJ: “A remição de pena em razão do estudo a distância – EAD demanda a prévia integração do curso ao Projeto Político-Pedagógico – PPP da unidade ou do sistema prisional, não bastando o necessário credenciamento da instituição junto ao MEC, observando-se a comprovação de frequência e realização das atividades determinadas.”

Dispositivos relevantes citados: LEP, art. 126, §§ 1º, I, e 2º; Resolução CNJ n. 391/2021; CPC, arts. 926, 927, III, e 1.036.

Jurisprudência relevante citada: STJ, AgRg no REsp n. 2.209.017/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1º/7/2025; STJ, AgRg no REsp n. 2.216.043/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 5/8/2025; STJ, AgRg no HC n. 978.815/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 2/4/2025; STJ, AgRg no REsp n. 2.191.894/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 30/4/2025; STJ, AgRg no HC n. 935.994/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/3/2025.

Terceira Seção

Tema Repetitivo 1377

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

Questão submetida a julgamento: Definir a natureza jurídica do crime ambiental previsto no art. 54, *caput*, primeira parte, da Lei n. 9.605/1998 e se há necessidade de realização de prova pericial para sua configuração.

Tese Firmada: O tipo previsto na primeira parte do *caput* do artigo 54 da Lei n. 9.605/1998 possui natureza formal, sendo suficiente a potencialidade de dano à saúde humana para a configuração da conduta delitiva, não sendo exigida a efetiva ocorrência do dano nem a realização de perícia técnica, podendo a comprovação se dar por qualquer meio de prova idôneo.

Processo-paradigma: REsp 2205709/MG.

Íntegra da decisão proferida no **Recurso Especial n.º 2205709 - MG (2025/0107400-5)**, de relatoria do **Ministro Joel Ilan Paciornik**, com acórdão publicado em 29 de outubro de 2025 e trânsito em julgado em 14 de novembro.



Ementa

CRIMES AMBIENTAIS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTRO-VÉRSIA. RITO DOS REPETITIVOS. CRIME DO ART. 54, *CAPUT*, PRIMEIRA PARTE, DA LEI N. 9.605/98. NATUREZA FORMAL DO DELITO. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE. POTENCIALIDADE DE DANO À SAÚDE. FIXAÇÃO DE TESE. RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO PROVIDO PARA AFASTAR A DESCLASSIFICAÇÃO PARA PERTURBAÇÃO. ART. 42 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. POLUIÇÃO SONORA. ART. 54, *CAPUT*, DA LEI N. 9.605/98. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO PROVIDO.

<< Sumário

I. Caso em exame

1. Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que desclassificou a conduta de poluição sonora prevista no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 para a contravenção penal do art. 42 do Decreto Lei n. 3.688/1941, reconhecendo a prescrição retroativa e extinguindo a punibilidade do agente.
2. O Tribunal de origem entendeu que, para a caracterização do delito ambiental, seria necessária a comprovação de poluição de considerável magnitude, apta a causar ou potencialmente causar danos à saúde humana, circunstância que não teria sido comprovada nos autos.
3. O Ministério Público sustentou, em Recurso Especial, que o crime previsto no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 possui natureza formal e se caracteriza como crime de perigo abstrato, prescindindo de laudo pericial que comprove o efetivo risco à saúde humana.

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em definir: (i) a natureza jurídica do crime ambiental previsto no art. 54, *caput*, primeira parte, da Lei n. 9.605/1998; e (ii) se há necessidade de realização de prova pericial para sua configuração.

III. Razões de decidir

5. O crime previsto no art. 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 possui natureza formal, sendo suficiente a potencialidade de causar danos à saúde humana para sua configuração, sem necessidade de comprovação de dano efetivo.
6. A interpretação da Lei de Crimes Ambientais deve ser feita à luz dos princípios constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado, do desenvolvimento sustentável e da prevenção de danos, considerando o valor jurídico próprio do meio ambiente e seu interesse difuso.
7. A doutrina e jurisprudência majoritárias reconhecem que o crime

de poluição ambiental é de perigo abstrato, prescindindo de prova pericial para demonstrar o risco potencial à saúde humana ou ao equilíbrio ecológico.

8. No caso concreto, a prática de poluição sonora, mediante emissão de ruídos acima do limite estabelecido, configura risco concreto à saúde humana, evidenciando a materialidade e tipicidade da infração, independentemente de comprovação de dano efetivo.

IV. Dispositivo e Tese

9. Resultado do Julgamento: Recurso provido para restabelecer a condenação proferida pelo Juízo de primeira instância.

Jurisprudência STJ
Direito Público

Jurisprudência STJ
Direito Privado

Jurisprudência STJ
Direito Penal

<< Sumário

Jurisprudência TJRJ

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTORIZAÇÃO DE LEVANTAMENTO DE PREÇO OFERTADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA.

I- Resumo da questão

1. Desapropriação por utilidade pública. Avaliação e preço justo. Proprietário e promitente-comprador de um dos lotes, indicados na certidão de ônus reais, que não integraram a lide inaugural. Emenda da inicial. Manifestação da Promotoria de Justiça na instância de origem. Citação pessoal de um, editalícia de outro. Revelia de ambos. 2. Discussão paralela estabelecida em sede de Agravo de Instrumento. Preço ofertado e depositado. Titulares do crédito devido em relação ao lote de maior valor. Direito ao levantamento pelos impetrantes incontroverso. 3. Interposição de recurso pela Curadoria Especial na defesa dos direitos do réu revel, citado por edital. Suspensão do levantamento do valor inerente ao outro lote, exclusivamente. Concessão de efeito suspensivo. Poder geral de cautela deferido. 4. Lotes contíguos de terreno em área rural. Valor e domínio, em relação a um deles, atribuídos aos impetrantes de forma incontroversa. Ordem de suspensão da autorização de pagamento cumprida pelo juízo de origem encampando ambos os lotes. Pedido de reconsideração indeferido. Preclusão que se opera à mingua de recurso da parte prejudicada. 5. Ingresso nos autos do Agravo de Instrumento, do 1º e 2º expropriados, ora impetrantes, por meio de Contrarrazões e de Embargos declaratórios, inadmitido pelo Des. Relator. Mandado de segurança impetrado.

II- Razões de decidir

6. Suspensão da autorização de levantamento da oferta prévia depositada pelo expropriante, relativa ao lote de maior valor, que não se insere na causa de pedir e pedido que modulam a pretensão recursal que versa exclusivamente sobre o lote de menor valor. Pedido de reconsideração

desatendido pelo Juízo da ação originária. 7. Intervenção dos ora impetrantes no recurso do 3º expropriante inadmitida pelo Des. Relator, sob a alegação de que não figuram no polo passivo da lide recursal. Decisão escoreita. 8. Discussão travada no Mandado de Segurança restrita à concessão de efeito suspensivo ao recurso e a não admissão dos impetrantes no polo passivo do Agravo de Instrumento interposto pelo litisconsorte passivo e, ainda, por não vislumbrar interesse recursal. Petição pleiteando a revogação da suspensão por quem não faz parte da lide recursal. 9. Em segunda investida, inseriram no bojo do recurso que sequer integram à mingua de legitimidade para tanto, como partes ou terceiros interessados, suas contrarrazões ao recurso de agravo de instrumento. Lide recursal em andamento constituída pelo 3º expropriante e o expropriado DER-RJ. 10. Legitimidade para recorrer constitui pressuposto de admissibilidade do recurso, dispondo o art. 996, *caput*, do CPC/2015” 11. Litisconsorte que figura como parte, pois integra a relação processual em um dos polos. Interesse recursal como pressuposto de admissibilidade para que o recurso possa ser examinado em seus fundamentos – binômio “necessidade-utilidade” – como integrante do interesse de agir. Necessidade de interpor o recurso legalmente previsto, como único meio para contrapor-se à decisão impugnada. Utilidade que se extrai do texto legal que se refere a parte vencida, como legitimada a recorrer. 12. Polo passivo integrado pelos impetrantes (1º e 2º réus), com o réu revel citado por edital e o Espólio, representado por seu inventariante (3º e 4º réus), todos em litisconsórcio passivo necessário. 13. Interesses do 1º e 2º réus que são manifestamente opostos aos do 3º e 4º expropriados e vice-versa. São partes na ação originária, condição que não os qualifica para que figurem como partes na lide recursal. 14. Impetrantes não se enquadram na definição jurídica de “terceiro”, tanto na posição de terceiro juridicamente interessado (arts. 119 e 996 do CPC), quanto na condição de terceiro prejudicado (art. do CPC). 15. Impetrantes que alegam ter sofrido prejuízo gerado pela interpretação dada pelo Juízo de origem a respeito do alcance do efeito suspensivo concedido em grau recursal, que efetivamente não encampa o lote sobre o qual não pende controvérsia. 16. Fato é que o levantamento a título de oferta foi obstado, por ora, em relação a ambos os lotes e assim permanecerá até o julgamento do recurso em referência. 18. A uma, porque essa pretensão não pode ser por eles requerida e atendida pela via recursal

que não integram. A duas, porque não interpuseram recurso próprio e autônomo, necessário e útil na hipótese, contra a decisão proferida na ação expropriatória, limitando-se ao pedido de reconsideração, ignorado pelo Juízo. 19. Inércia dos impetrantes que deram margem à situação provisória instaurada, impedindo o levantamento imediato da verba a que fazem jus.

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

III- Dispositivo

17. Impetrantes que não têm direito líquido e certo de intervir no recurso interposto pelo litisconsorte necessário, réu revel citado por edital. **DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.**

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004D7D6C966B-6CA51C8B2D73D210DBB98B3C518493D1F12&USER=>

Mandado de Segurança n.º 0057815-13.2024.8.19.0000

Relatora: Desembargadora Cintia Cardinali

MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. ALERJ. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. *MANDAMUS* IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO DE PLANOS DE SAÚDE EM FACE DA INSTAURAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO (CPI) DESTINADA A APURAR O DESCUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE EM RELAÇÃO A PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CPI POR AUSÊNCIA DE FATO DETERMINADO E POR INCOMPETÊNCIA DA ALERJ PARA LEGISLAR E FISCALIZAR A MATÉRIA OBJETO DA CPI. WRIT VISANDO AO ENCERRAMENTO DA COMISSÃO E À DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE TODOS OS ATOS JÁ PRATICADOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

FATO DETERMINADO: A RESOLUÇÃO DE CRIAÇÃO DA CPI DEFINIU SUFICIENTEMENTE O FATO A SER INVESTIGADO, QUAL SEJA: “O DESCUMPRIMENTO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA”, TRAZENDO COMO JUSTIFICATIVA AS RECLAMAÇÕES RECEBIDAS PELA COMISSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA DA

<< Sumário

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E PELO JUDICIÁRIO. EMBORA TAIS RECLAMAÇÕES NÃO TENHAM SIDO INDIVIDUALIZADAS, ENCONTRAM RESPALDO NO CONHECIMENTO PÚBLICO, VISTO QUE TAMBÉM FORAM OBJETO DE VÁRIAS REPORTAGENS NA MÍDIA NACIONAL E ATÉ DE NOTA DA AGÊNCIA REGULADORA FEDERAL – ANS.

INCOMPETÊNCIA PARA APURAÇÃO: A COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO É INSTRUMENTO LEGISLATIVO VOLTADO À INVESTIGAÇÃO DE IRREGULARIDADES GRAVES QUE POSSAM OCORRER NO GOVERNO, EM EMPRESAS OU EM SETORES ESPECÍFICOS DA SOCIEDADE. NO ENTANTO, A COMISSÃO SÓ PODE SER INSTAURADA PELA CASA LEGISLATIVA QUE TENHA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. NO CASO, A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE PLANOS DE SAÚDE É EXCLUSIVA DA UNIÃO. EMBORA O FATO DETERMINADO DA CPI TAMBÉM ABARQUE NORMAS PERTINENTES AO DIREITO DO CONSUMIDOR E AO DIREITO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, MATÉRIAS CUJA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA É CONCORRENTE (UNIÃO E ESTADOS) E DE ATUAÇÃO COMUM (UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS), A INSTAURAÇÃO DA CPI PELA ALERJ SOMENTE SERIA LEGÍTIMA SE NÃO ADENTRASSE EM QUESTÕES CONTRATUAIS E SECURITÁRIAS. A ANÁLISE APROFUNDADA DAS PROVAS APRESENTADAS CONDUZ À CONCLUSÃO DE QUE A CPI EXCEDEU O ESCOPO DO FATO DETERMINADO. ADEMAIS, AINDA QUE TAIS QUESTÕES ESTEJAM LIGADAS AOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOS CONSUMIDORES, A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E FISCALIZADORA DA ALERJ LIMITA-SE A ASPECTOS COMPLEMENTARES E ESPECÍFICOS, NÃO PODENDO ABRANGER A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE, SOB PENA DE INVASÃO À COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO, EXERCIDA PELO CONGRESSO NACIONAL E PELA AGÊNCIA REGULADORA FEDERAL, A ANS. A CPI EM EXAME ACABOU POR ALCANÇAR MATÉRIAS COMO O CANCELAMENTO DE PLANOS DE SAÚDE, DESCREDENCIAMENTO DE ESTABELECIMENTOS CONVENIADOS E COBERTURA OBRIGATÓRIA DE TRATAMENTOS, QUE ESTÃO FORA DE SUA COMPETÊNCIA, MESMO QUE TAIS ASPECTOS, DECERTO, AFETEM AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. A EXTRAPOLAÇÃO DO CAMPO DE ATUAÇÃO DA CPI TORNOU-SE AINDA MAIS EVIDENTE NAS REUNIÕES SUBSEQUENTES À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE MANDADO E, ESPECIALMENTE, NA CONVOCAÇÃO DO IMPETRANTE DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO PARA A ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO REFERENTE EXCLU-

SIVAMENTE À RESCISÃO UNILATERAL DE PLANOS DE SAÚDE. EMBORA A PROVA NO MANDADO DE SEGURANÇA DEVA SER PRÉ-CONSTITUÍDA, O JUIZ DEVE JULGAR A LIDE CONSIDERANDO O SEU ATUAL ESTADO, SENDO IMPERATIVO, NESTE CASO, OBSERVAR A CONDUÇÃO DA CPI AO LONGO DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO. ASSIM, CONQUANTO EM UM PRIMEIRO MOMENTO A ANÁLISE DO FEITO TENHA CONDUZIDO AO INDEFERIMENTO DA LIMINAR PLEITEADA PELOS IMPETRANTES, INCLUSIVE DIANTE DA IMPORTÂNCIA E SENSIBILIDADE DO TEMA, AS REUNIÕES E REQUERIMENTOS POSTERIORES À IMPETRAÇÃO PODEM E DEVEM SER CONSIDERADOS, POIS SÃO FATOS SUPERVENIENTES QUE CORROBORAM AS ALEGAÇÕES E DOCUMENTOS INICIALMENTE APRESENTADOS, QUE PODEM SER CONSIDERADOS PELO JULGADOR AO TEMPO DO JULGAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 493 DO CPC/15.

CONCLUSÃO: OS REQUERIMENTOS E PEDIDOS REALIZADOS PELA CPI, TANTO ANTES, QUANTO APÓS A PROPOSITURA DO MANDADO DE SEGURANÇA, EVIDENCIAM QUE O OBJETO E A ATUAÇÃO DA COMISSÃO EXTRAPOLAM A SUA COMPETÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. CUSTAS PELO IMPETRADO, SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004632BD347BAE-9BEA35787D8680DE5D951C5180D602664&USER=>

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

<< Sumário

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE RESCISÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO PELA ANTIGA NONA CÂMARA CÍVEL DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E DE NOVO JULGAMENTO PARA QUE SEJAM FIXADOS JUROS COMPENSATÓRIOS EM 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO. CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA COM FULCRO NO ARTIGO 535, §§ 5º E 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO PERCENTUAL DE JUROS COMPENSATÓRIOS DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO, FIXADO NOS CASOS DE DESAPROPRIAÇÃO, E DO PARÂMETRO PARA SUA RESPECTIVA BASE DE CÁLCULO, NOS AUTOS DA ADI Nº 2.332, JULGADA PELO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ANÁLISE DAS PRELIMINARES. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. AÇÃO ORIGINÁRIA QUE TRANSITO EM JULGADO EM 06/06/2017, TENDO SIDO PROPOSTA A PRESENTE DEMANDA EM 15/05/2019, DENTRO DO PRAZO BIENAL PREVISTO NO ARTIGO 975, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA ADI QUANDO DA DISTRIBUIÇÃO DA PRESENTE DEMANDA QUE NÃO É ÓBICE À SUA PROPOSITURA, INEXISTINDO PREVISÃO LEGAL NESSE SENTIDO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA QUE NÃO SE ACOLEHE. ENTENDIMENTO DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO SENTIDO DE QUE SOMENTE SE ATRIBUIRÁ À CAUSA O VALOR DO PROVEITO ECONÔMICO QUE SE PRETENDE OBTER COM A RESCISÃO DO JULGADO, QUANDO DEMONSTRADA A DISCREPÂNCIA ENTRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA ORIGINÁRIA E O PROVEITO ECONÔMICO PRETENDIDO NA AÇÃO RESCISÓRIA, O QUE NÃO OCORREU NA HIPÓTESE EM TELA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE CITAÇÃO QUE SE BASEIA NOS DISPOSITIVOS CONSTANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL NÃO MAIS VIGENTE E INAPLICÁVEL NA ÉPOCA DA DISTRIBUIÇÃO DA PRESENTE DEMANDA. NO MÉRITO, DEVE SER ACOLHIDO O PLEITO RESCISÓRIO. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO PERCENTUAL DE JUROS COMPENSATÓRIOS DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO, PARA REMUNERAÇÃO DO PROPRIETÁRIO PELA IMISSÃO PROVISÓRIA DO ENTE PÚBLICO NA POSSE DO SEU BEM, TENDO COMO BASE DE CÁLCULO A DIFERENÇA ENTRE 80% (OITENTA POR CENTO) DO PREÇO OFERTADO PELO ENTE PÚBLICO EXPROPRIANTE E O VALOR FIXADO NA SENTENÇA. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NA SÚMULA Nº 618, DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE PREVIA A FIXAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS NO PERCENTUAL DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE PARA, EM JUÍZO RESCINDENTE, DESCONSTITUIR O CAPÍTULO DO ACÓRDÃO PROLATADO PELA ANTIGA

EGRÉGIA 9ª CÂMARA CÍVEL NOS AUTOS DA APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 000053715.1989.8.19.0054, E, EM JUÍZO RESCISÓRIO, FIXAR OS JUROS COMPENSATÓRIOS NO PERCENTUAL DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042FAD34BE16C-023CF91E78FD610F32B36C51630085F44>

Ação Rescisória n.º 0024997-86.2016.8.19.0000
Relator: Desembargador Pedro Freire Raguenet

Ação Rescisória. Violação à norma e erro de fato. Demanda com fincas no artigo 966, inciso V, do Código de Processo Civil. Lei Federal nº 8.880/94. Conversão em URV. Agravo interno. Antecipação da tutela. Suspensão da liquidação da condenação. Indeferimento original da pretensão do autor. Matéria submetida à valoração dialética. Presença dos requisitos legais para concessão da medida que se revelaram senão a final da instrução. Decisão que se reforma, à conta da prova dos autos. Medida que se defere nesta oportunidade. Mérito. Demanda manejada por autores com ingresso em serviço público após o advento, e implementação, da lei no. 8.880/94. Sentença que não aborda essa condição dos litigantes. Procedência da postulação como se aplicável à data de pagamentos, quando da conversão da moeda “cruzeiro real” em URV. Erro de fato que se verifica. Espaço processual para manifestação dos litigantes que se respeitou, no momento adequado. Verificação de ocorrência, ao longo da instrução, da hipótese prevista pelo inciso VIII do art. 966, CPC. Fatos objetivos. Respeito ao princípio do *right to be heard*, encampado pelo CPC, em relação aos litigantes. Aplicação ao caso tanto pelo disposto pelo REsp. 1.101.726/SP quanto da repercussão geral tratada pelo RE 561836/RN, que invalida os pronunciamentos glosados. Provimento da rescisória. Afastamento da força judicante das v. decisões rescindendas. Substituição pelo julgamento que ora se pratica. Apelo do ERJ, nos autos principais, que deve ser provido. Improcedência do pedido original. Verbas de sucumbência que se reformam.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004490D8387A-943DC736F0BFFE20EF2E958C51845123F43>

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

n.º 0090629-83.2021.8.19.0000

Relatora: Desembargadora Regina Lucia Passos

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Recursos hídricos. Uso de fonte alternativa de captação de água. Decreto Estadual nº 40.156/2006 e portaria Serla nº 555/2007. Legalidade. Limites do poder regulamentar. Legislação federal e estadual. Lei Federal nº 11.445/2007. Saúde pública. Sustentabilidade ambiental. O IRDR visa resolver a controvérsia jurídica sobre a legalidade da proibição do uso de fonte alternativa de água, no caso, poço artesiano, conforme disposto no Decreto Estadual nº 40.156/2006 e na Portaria SERLA nº 555/2007, considerando-se eventual extrapolação do poder regulamentar. A utilização de água proveniente de fonte alternativa em regiões atendidas por rede pública está vedada pelo § 2º do art. 45 da Lei Federal nº 11.445/2007, que proíbe a coexistência de instalações hidráulicas ligadas, simultaneamente, à rede pública e a sistemas alternativos, objetivando a preservação da saúde pública e do meio ambiente. A gestão dos recursos hídricos, disciplinada pela Lei Federal nº 9.433/1997, estabelece a necessidade de prévia outorga e regulamentação para uso de águas subterrâneas, buscando proteger bem público e limitado. A competência legislativa da União em matéria de recursos hídricos não exclui a possibilidade de regulamentação estadual, desde que em conformidade com as diretrizes gerais. Jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a validade de normas estaduais que complementam a legislação federal, desde que não contrariem seus preceitos fundamentais. O manejo sustentável e a proteção do ciclo hidrológico estão em consonância com os Princípios Constitucionais do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado e da precaução. A proibição do uso de fontes alternativas em locais com abastecimento público visa garantir a segurança hídrica, evitar a contaminação da água da rede pública e assegurar a eficiência do sistema de saneamento básico. Tese jurídica fixada: "É legal a proibição do uso de poço artesiano como fonte alternativa de água prevista no Decreto Estadual nº 40.156/2006 e na Portaria SERLA nº 555/2007, considerando que não exorbitam do poder regulamentar, à luz do § 1º do art. 45 da Lei Federal nº 11.445/2007, na hipótese em que houver abastecimento hídrico pela rede pública".

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045817E-54FE69E2A311B9FF037C95E7776C51A07151F5F>

<< Sumário

The background of the page is split vertically. The left half is white, and the right half is a light gray with a pattern of diagonal lines. A maroon rounded rectangle is positioned in the upper left quadrant, containing the title text in white.

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Ação Rescisória ajuizada com fundamento nos incisos V e VIII do artigo 966 do Código de Processo (violação de norma jurídica e erro de fato). Pretensão de desconstituição de Acórdão da antiga Colenda 16ª Câmara Cível (atual 5ª Câmara de Direito Público) proferido em Apelação que manteve Sentença de procedência prolatada em Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável, na parte que reconheceu o direito real de habitação ao companheiro do falecido irmão das autoras. Há erro de fato quando o julgado rescindendo admite fato inexistente ou reputa inexistente fato efetivamente ocorrido, inexistindo controvérsia ou pronunciamento judicial sobre a questão. Direito real de habitação recai sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único da natureza a inventariar e seja de propriedade dos companheiros ou exclusivamente do falecido, sem copropriedade com terceiros estranhos à união estável. Aresto que considerou o *de cujus* como proprietário do imóvel utilizado pelo casal, sem verificar a copropriedade das autoras, sucessores dos falecidos genitores, reconhecendo o direito real de habitação, exclusivamente com base no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.278/96. Rescisão do Acórdão com fundamento no artigo 966, incisos V e VIII do Código de Processo Civil, por violação ao artigo 1.831 do Código Civil, e existência de erro de fato, e rejugamento da Apelação, procedente o pleito rescisório exclusivamente na parte em que concedeu ao réu o direito real de habitação. Ação Rescisória julgada procedente.

Inteiro teor em segredo de justiça

Ação Rescisória nº 0055127-83.2021.8.19.0000
Relatora: Desembargadora Natacha Nascimento
Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira

AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO DA DÉCIMA CÂMARA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA *POST MORTEM*. AUSÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO.

I. Caso em exame

O acórdão rescindente confirmou a sentença de improcedência na ação de reconhecimento de maternidade socioafetiva *post mortem*. Aduz a autora violação ao art. 226, § 4º da CF e ao art. 1.593 do Código Civil e sustenta fato novo, consistente na possibilidade de filiação concomitante estabelecida pelo tema de repercussão geral nº 622 do STF, RE 898060. Aponta erro de fato, vez que o acórdão considerou que a propositura da ação originária ocorreu após o falecimento de sua mãe biológica.

II. Questão em discussão

Análise de ocorrência de violação à norma jurídica, erro de fato e entendimento jurisprudencial superveniente, aptos a rescindir o julgado.

III. Razões de decidir

Ausência de demonstração da existência do vínculo socioafetivo. Necessidade de demonstração da socioafetividade para o reconhecimento da multiparentalidade. A manutenção de vínculo com a mãe biológica não foi o fundamento central para improcedência da ação originária, e sim a inexistência da posse do estado de filha. A data de falecimento da mãe biológica da autora, se anterior ou posterior à propositura da demanda, por si só, não alteraria a conclusão adotada pelos julgadores, donde não estar presente o erro de fato. Violação das normas jurídicas não verificada. O acórdão se baseou em todas as provas produzidas e conferiu interpretação razoável às normas, dado o dinamismo do conceito de família. Impossibilidade de reexame de matéria probatória em ação rescisória. IV. Dispositivo: Pedido rescindente improcedente. Artigos legais e precedentes: AgInt nos EDcl na AR n. 6.616/ES, relator Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 29/11/2022, DJe de 1/12/2022.

Inteiro teor em segredo de justiça

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MOTOCICLETA CRUZOU A PISTA E BATEU DE FRENTE COM UM AUTOMÓVEL. CONDUTOR DA MOTOCICLETA FERIDO. ESPOSA, NA GARUPA, VEIO A ÓBITO IMEDIATAMENTE. MÃO DE DIREÇÃO INVERTIDA (MÃO INGLESA). AUTORES, FILHOS DA VÍTIMA FATAL, PLETEIARAM DANOS EMERGENTES, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA COM ACOLHIMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. INSURGÊNCIA DE AMBOS POLOS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

1. Sustentam os autores que seria indiscutível a culpa do réu pelo acidente, no dia 26 de julho de 2017, quando o requerido, que conduzia a motocicleta com a falecida esposa, também mãe dos autores, na garupa, cruzou a faixa oposta e bateu de frente com um automóvel no lado dianteiro do motorista. Ex-casal em viagem de férias na Escócia e deflagração de procedimento pela polícia local.

2. A sentença acolheu a impugnação ao valor da causa, para fixá-lo em R\$ \$ 2.520.000,00 (dois milhões, quinhentos e vinte mil reais) e julgou procedente em parte os pedidos para condenar o réu ao ressarcimento aos autores, por dano moral, em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para cada demandante, acrescidos de juros legais desde o evento dano e correção monetária desde a sentença. Tendo em vista a sucumbência recíproca, o juízo monocrático condenou as partes em custas arbitradas em 20% do valor da condenação, e em honorários sucumbenciais, na proporção de 30% para o réu e 70% para os autores, vez que sucumbentes em maior parte.

3. Apelo da parte autora para que seja rejeitada a impugnação ao valor da causa; majorado o *quantum* indenizatório a título de danos morais para valor correspondente a quinhentos salários-mínimos por apelante; acolhido o pedido de indenização por lucros cessantes e refixados os ônus sucumbenciais, de acordo com o princípio da causalidade. Igualmente o réu recorreu da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais, porque não aferido se ele agiu com dolo ou culpa grave, um dos requisitos essenciais à responsabilidade civil, na condução do veículo. Requereu o acolhimento integral da impugnação ao valor da causa e alteração do percentual de sucumbência aplicada, pois os requerentes sucumbiram no percentual de 94,1% da condenação postulada

e o requerido em apenas 5,9% do valor pretendido na demanda, ao invés de 30% para o réu e 70% para os autores.

4. Acolhimento da impugnação ao valor da causa por essa instância. Como o valor dos lucros cessantes no momento da propositura da ação era certo – R\$ 20.000,00 para cada um dos autores, pelo prazo de cinco anos, desde o falecimento de sua mãe – a compreensão é que eles equivalem a R\$ 2.400.000,00, e não a apenas R\$ 1.040.000,00. Desse modo, acolhe-se a impugnação para alterar o valor da causa, de R\$ 2.520.000,00 para R\$ 3.398.000,00, diante do estabelecido legalmente. Observância ao art. 291 c/c 292, VI, do CPC, que propugnam que a toda causa será atribuído valor certo, que o valor da causa constará da petição inicial e será, na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles.

5. Danos morais não configurados, nas circunstâncias peculiares do caso. O réu não nega a ocorrência do acidente, mas afirma que não pretendia, voluntariamente, entrar e se manter na contramão da estrada. Mão de direção nas estradas na Escócia é invertida, portanto, distintamente da que se pratica no Brasil.

5.1. Das provas apresentadas pelos autores não se conclui que está demonstrada a obrigação de indenizar que pretendem imputar ao réu. Os autores não buscaram trazer aos autos a decisão proferida pelo Crown Counsel escocês e deixaram de traduzir a segunda carta enviada pelo responsável pela investigação, que os informou sobre a decisão do Crown Counsel escocês.

5.1.1. Não se pode considerar como reconhecimento de culpa o discurso do réu na mídia trazida pelos autores. O acidente, como um todo, causou insuportável abalo físico ou emocional ao requerido, refletido em sua fala, pois o atingiu de forma muito grave – perdeu sua esposa e parte de um de seus membros inferiores.

5.1.2. Na espécie, não se afere a ocorrência de culpa grave. O réu se enquadraria na prática de culpa levíssima e, em se tratando de transporte gratuito, incabível a sua obrigação de indenizar por danos morais. Aplicabilidade da súmula 145/STJ, a qual propugna que, no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

6. Manutenção da improcedência do pedido de lucros cessantes. A lei não assegurou aos filhos maiores e emancipados o retorno ao status quo ante, qual seja, de dependência econômica dos pais após o falecimento desses.

Autores não se desincumbiram do ônus de comprovar suas alegações. Documentos carreados aos autos, às fls. 1049/1063, não servem como prova de suas alegações. Indemonstrado por eles que são incapazes de se autossustentar, sendo importante mencionar que ambos são casados, acima de 40 anos, e têm profissão definida. O vínculo por eles demonstrado não era com a pessoa física, vítima do acidente fatal, e sim profissional, com a pessoa jurídica do escritório de advocacia, de quem recebiam a contraprestação por serviços por eles prestados. O fechamento do escritório, portanto, não é capaz de sugerir a ocorrência de lucros cessantes, como afirmado pela sentença.

7. DESPROVIDO O APELO DOS AUTORES E PROVIDO O APELO DO RÉU. Alteração dos ônus sucumbenciais para os autores arcarem com a totalidade das despesas processuais e taxa judiciária, bem como a pagar honorários ao patrono do réu.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004482185775B-1B64129AE1998B1F6C0701C513244B0511&USER=>

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

Ação Rescisória nº 0082340 – 59.2024.8.19.0000 **Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara**

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. COISA JULGADA. OFENSA CONFIGURADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

I. Caso em exame

1. Ação rescisória proposta para desconstituir sentença proferida pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, que reconheceu a titularidade e a extraconcursalidade de crédito no valor de R\$ 971.742,61, determinando seu pagamento à frente de credores concursais. O autor sustenta que a sentença rescindenda violou coisa julgada formada no processo nº 0096413-77.2017.8.19.0001, no qual o mesmo crédito foi incluído no passivo concursal, parte na categoria trabalhista e parte como crédito quirografário.

<< Sumário

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em definir se a sentença rescindenda ofendeu a coisa julgada formada em processo anterior de habilitação de crédito ao reclassificar a natureza do crédito do réu de concursal para extraconcursal.

III. Razões de decidir

3. A ação rescisória não se presta a revisar decisões sob o critério de acerto ou justiça, mas sim a corrigir vícios graves previstos no art. 966 do CPC, dentre os quais se inclui a ofensa à coisa julgada.

4. A inexistência de recurso contra a decisão rescindenda não impede a propositura da ação rescisória, pois o esgotamento das vias recursais não é requisito para sua admissibilidade.

5. A decisão rescindenda reclassificou a natureza do crédito do réu, contrariando decisão anterior transitada em julgado no processo de habilitação de crédito, em que se determinou sua inclusão no passivo concursal, mesmo essa classificação não tendo sido objeto de pedido expresso.

6. A habilitação de crédito, nos termos do art. 9º, II, da Lei nº 11.101/2005, engloba a aferição e a classificação do crédito, de modo que a decisão proferida nesse procedimento tem força de coisa julgada, inclusive quanto à natureza do crédito, ainda que isso não tenha sido pedido, pouco importando discutir se essa sentença foi ou não *ultra petita*.

7. A doutrina e a jurisprudência do STJ reconhecem que decisões proferidas *ultra* ou *extra petita*, mesmo que viciadas, fazem coisa julgada, impedindo sua revisão posterior. Assim, mesmo que a decisão original tivesse esse vício, estaria formada a coisa julgada material.

8. Ao alterar a classificação do crédito anteriormente determinada por decisão transitada em julgado, a sentença rescindenda violou a coisa julgada, justificando sua desconstituição.

IV. Dispositivo

9. Pedido procedente.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B-332F89881B28AB39391C4F6E645B2BCC5184A254016&USER=>

Agravo Interno na Ação Rescisória
nº 0072699-47.2024.8.19.0000
Relator: Desembargador Paulo Wunder

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. TUTELA DE URGÊNCIA. DEMOLIÇÃO DE IMÓVEL RESIDENCIAL. AUSÊNCIA DE LICENÇA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO PREVISTA NA LEI MUNICIPAL Nº 208/96 DE RIO DAS OSTRAS. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. PROPORCIONALIDADE. DIREITO À MORADIA E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO RESCINDENDO.

I. Caso em exame

1. Agravo interno interposto contra decisão monocrática que indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado em ação rescisória, ajuizada para desconstituir acórdão que determinou a demolição de imóvel de propriedade das autoras por ausência de licença municipal para construção.

II. Questão em discussão

2. A questão em discussão consiste em definir se, diante da posterior regularização da obra, do parecer ministerial favorável à procedência da ação e da previsão legal de regularização no Código de Obras Municipal, estão presentes os requisitos do art. 300 do CPC para concessão da tutela de urgência e consequente suspensão dos efeitos do acórdão rescindendo, que determinou a demolição do imóvel.

III. Razões de decidir

3. O agravo interno preenche os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1.021 do CPC, cabendo o juízo de retratação da decisão monocrática que indeferiu a tutela.

4. Os elementos supervenientes e relevantes reforçam o *fumus boni iuris*, dentre eles a demonstração da regularização da obra, bem como o parecer ministerial, reconhecendo violação manifesta a normas e princípios constitucionais.

5. A demolição do imóvel, sem exaurir a via de regularização prevista no art. 177-A da Lei Municipal nº 208/96, pode ensejar violação os princípios da proporcionalidade, função social da propriedade e o direito à moradia, especialmente em contexto de residência familiar com menor impúbere.

<< Sumário

6. A ponderação entre legalidade estrita e direitos fundamentais impõe que a demolição seja medida de *ultima ratio*, em princípio, cabível apenas quando impossível a regularização ou presente risco estrutural, o que não se verifica, diante do laudo pericial que atesta segurança da edificação e da comprovação de habite-se superveniente.

7. Presentes os requisitos do art. 300 do CPC, evidenciando-se a probabilidade do direito e o perigo de dano irreversível, consubstanciado na iminência de destruição da moradia das agravantes, o que afetaria de modo absoluto o direito à habitação e à dignidade da pessoa humana.

IV. Dispositivo e Tese

8. Recurso provido. Reconsideração para o deferimento da tutela.

Tese de julgamento:

1. A superveniência da regularização da obra aliada ao parecer ministerial que, tutelando os interesses de menor impúbere, reconhece que a medida adotada no julgado é a mais gravosa, constitui elemento novo que reforça a probabilidade do direito e autoriza a tutela de urgência.

2. A demolição de imóvel regularizável deve ser tratada como medida de última ratio, impondo-se a prevalência dos princípios da proporcionalidade e função social da propriedade.

3. A decisão judicial que determina a demolição sem considerar a possibilidade de regularização legalmente prevista configura violação manifesta à norma jurídica, nos termos do art. 966, V, do CPC.

Dispositivos relevantes citados:

CF, art. 5º, XXIII; 6º; 227; CPC, art. 8º, 300, 966, V, 969, 1.021; Lei Municipal nº 208/96 de Rio das Ostras, art. 177-A, parágrafo único.

Jurisprudência relevante citada:

STJ, AgInt na AR 6.092/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 16/09/2020; TJRJ, AR 0083415-41.2021.8.19.0000, Rel. Des. Renato Lima Charnaux Sertá, j. 15/12/2022; TJRJ, AR 0084431-30.2021.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, j. 25/08/2022. (0072699-47.2024.8.19.0000 - AÇÃO RESCISÓRIA. Des(a). PAULO WUNDER DE ALENCAR - Julgamento: 06/11/2025 - SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO)

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047C78788AB-6DED4511132FC73635A658C51A031A034F&USER=>

Ação Rescisória nº 0057183-84.2024.8.19.0000
Relator: Desembargador Renato Lima Charnaux Sertã

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

ACÇÃO RESCISÓRIA. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA. COBRANÇA DE COPARTICIPAÇÃO EM CASO DE INTERNAÇÃO PROLONGADA. ERRO DE FATO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE OS PEDIDOS AUTORAIS PARA DESCONSTITUIR A COBRANÇA DA COPARTICIPAÇÃO E CONDENAR A RÉ AO PAGAMENTO DE 8.000,00. POR DANOS MORAIS.

ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE REFORMOU A SENTENÇA JULGANDO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS AUTORAIS COM BASE EM CLÁUSULA CONTRATUAL.

ERRO DE FATO CARACTERIZADO. ACÓRDÃO QUE IGNOROU PROVA RELEVANTE E NÃO IMPUGNADA PELA PARTE ADVERSA, QUAL SEJA A “FICHA DE ADESÃO” PRESENTE NOS AUTOS DE ORIGEM QUE COMPROVA A OPÇÃO INEQUÍVOCA DO AUTOR POR UM PLANO DE SAÚDE SEM COPARTICIPAÇÃO.

RECONHECIMENTO, EM JUÍZO RESCINDENTE, DE QUE A DECISÃO ORIGINÁRIA ADMITIU FATO INEXISTENTE SEM QUALQUER PRONUNCIAMENTO EXPRESSO ACERCA DO DOCUMENTO APRESENTADO PELO AUTOR. CONFIGURAÇÃO DE ERRO DE FATO NOS TERMOS DO ART. 966, § 1º, DO CPC.

EM JUÍZO RESCISÓRIO, APLICAÇÃO DO CDC E DO TEMA 1032/STJ. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO CLARA E PRÉVIA SOBRE A INCIDÊNCIA DA COPARTICIPAÇÃO. VÍCIO DE INFORMAÇÃO CONFIGURADO. COBRANÇA CONSIDERADA ABUSIVA.

CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE AFASTOU A COBRANÇA DE COPARTICIPAÇÃO E CONDENOU O PLANO DE SAÚDE A CUSTEAR INTEGRALMENTE O TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS NO VALOR DE R\$ 8.000,00.

PEDIDO RESCINDENTE JULGADO PROCEDENTE PARA DESCONSTITUIÇÃO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO.

JUÍZO RESCISÓRIO PELO DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO, MANTENDO-SE A SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000493637DCB-37F837A1C8908F136235FDCEC5195C3E2A43&USER=>

<< Sumário

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

PENAL. PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. TERMO CIRCUNSTANCIADO COM VIAS À APURAÇÃO DA SUPOSTA PRÁTICA DE DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO DISTRIBUÍDO AO JUIZADO ESPECIAL ADJUNTO CRIMINAL DA COMARCA DE ITALVA/CARDOSO MOREIRA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO MINISTERIAL DE REMESSA DOS AUTOS À DELEGACIA DE POLÍCIA PARA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DA SUA *OPINIO DELICTI* E DETERMINOU A EXTINÇÃO E O ARQUIVAMENTO DO FEITO. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA, PARA QUE SEJA DETERMINADA A MANUTENÇÃO DA TRAMITAÇÃO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO, NOS MOLDES PREVISTOS NA LEI Nº 9.099/1995. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. A QUESTÃO EM DEBATE CONSISTE EM DEFINIR SE, AOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS DISTRIBUÍDOS A JUÍZOS CRIMINAIS, NOS QUAIS HOUE REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE RETORNO DOS AUTOS À DELEGACIA DE POLÍCIA PARA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS, APLICA-SE O TEOR DO OFÍCIO Nº 41/2023, EXTRAÍDO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SEI Nº 2022-06084669, QUE IMPEDIRIA A TRAMITAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS OU PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS SOB O ARGUMENTO DE QUE *“A FASE INVESTIGATIVA NÃO MAIS DEVE TRAMITAR PELO PODER JUDICIÁRIO”*. DE ACORDO COM ALGUNS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS, ESTE TRIBUNAL VEM PROLATANDO DECISÕES NO SENTIDO DE SE CASSAR A DECISÃO DE EXTINÇÃO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO E DETERMINAR O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO PROCEDIMENTO. ENTRETANTO, AO VER DESTE RELATOR, PARECE QUE A HIPÓTESE DEVE SER DECIDIDA PELA TURMA RECURSAL, UMA VEZ QUE O TERMO CIRCUNSTANCIADO EM REFERÊNCIA CUIDA DE DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, CONSOANTE EXPRESSAMENTE ADUZIDO NA IMPUGNAÇÃO MINISTERIAL, CUJAS PENAS MÁXIMAS SOMADAS NÃO ALCANÇAM O PATAMAR DE DOIS ANOS, DEVENDO-SE OBSERVAR OS TRÂMITES DISPOSTOS NA LEI ESPECÍFICA (LEI Nº 9.099/1995), SENDO APLICÁVEL, À PRESENTE HIPÓTESE, A INTELIGÊNCIA DO ART. 61, § 1º, DA LEI Nº 10.633/2024 - L.O.D.J.E.R.J. (LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO) C/C ART. 51, INCISO I, ALÍNEA “B” DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA - R.I.T.J.R.J. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS, INCLUSIVE DESTA CÂMARA CRIMINAL, NA MESMA DIREÇÃO. CUMPRE SALIENTAR, POR SE TRATAR DE JUÍZO DE VARA

ÚNICA, QUE A QUESTÃO *SUB EXAMEN*, NÃO CUIDA DE MATÉRIA ATINENTE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, O QUE ATRAIRIA A COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS CRIMINAIS DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NA FORMA DO DISPOSTO NO ARTIGO 8º, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO R.I.T.J.R.J., MAS DE DELITOS DE AMEAÇA, INVASÃO DE DOMICÍLIO E CONTRA A FAUNA, SOB O RITO PREVISTO NA LEI Nº 9.099/1995, UMA VEZ QUE, COMO JÁ ASSEVERADO ANTERIORMENTE, O SOMATÓRIO DAS PENAS MÁXIMAS DOS ALUDIDOS CRIMES NÃO ULTRAPASSA 02 ANOS.

DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA PARA UMA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046252CC12F-4C698BE0AA4737CD05545BFC5194E4E351F&USER=>

Apelação Criminal nº 0059512-23.2022.8.19.0038

Relator: Desembargador Joaquim Domingos de Almeida Neto

APELAÇÃO. DIREITO PENAL. LEI Nº 11.340/2006. CRIME DE PERSEGUIÇÃO (*STALKING*). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. DESPROVIMENTO. DECOTE, DE OFÍCIO, DA OBRIGAÇÃO DE FREQUÊNCIA DO APELANTE ÀS REUNIÕES DE GRUPO REFLEXIVO.

I. Caso em exame

1. Apelação interposta em face da sentença que condenou o réu pela prática do crime descrito no artigo 147-A, §1º, inciso II, do Código Penal, na forma da Lei nº 11.340/06.

II. Questão em discussão

2. Fragilidade probatória. *In dubio pro reo*.

III. Razões de decidir

3. Consta dos autos que apelante perseguiu reiteradamente a sua ex-namorada, enviando mensagens através do aplicativo "WhatsApp", e

através de transferências bancárias via "Pix", utilizando-se dos números diversos de aparelhos celulares, além de persegui-la em seu local de trabalho, invadindo e perturbando a sua esfera de liberdade e privacidade.

4. O delito de perseguição não se dá apenas pela aproximação física, pode ser praticado de diferentes formas e por qualquer meio. O verbo perseguir não tem apenas a conotação de ir freneticamente no encalço de alguém, inclui o sentido de importunar, transtornar, provocar incômodo e tormento à vítima, ameaçando-lhe a integridade física, psicológica e/ou emocional, invadindo sua privacidade e liberdade ou restringindo sua capacidade de locomoção.

5. Do que extrai dos autos, que foram instruídos com as imagens das mensagens enviadas, de diversos números pelo réu à vítima (pasta 11), ao contrário do que sustenta a Defesa, a sentença condenatória está baseada no acervo probatório e no depoimento da vítima, os quais, em coerência, formaram a convicção do magistrado de primeiro grau, conforme a suficiente fundamentação contida na sentença.

6. Conforme se verifica, o apelante, inconformado com o término do relacionamento, de forma insistente e constante, adotou condutas que invadiram e perturbaram a esfera de privacidade e liberdade da vítima, como aparecer em seu local de trabalho, realizar o envio incessante de mensagens, comprar novos *chips* para contatá-la após ser bloqueado nos números anteriores, realizar transferências via PIX para mandar recados, tudo com o claro propósito de manter contato, embora a vítima o tenha bloqueado diversas vezes.

7. Tais ações, realizadas com a intenção de não respeitar os limites impostos pela vítima, configuram a conduta de perseguição prevista no artigo 147-A, § 1º, II, do Código Penal.

8. A alegação da Defesa de que não houve ameaça não é suficiente para excluir a tipificação penal, uma vez que o tipo penal também abrange a perseguição reiterada, por qualquer meio, que tenha o efeito de restringir a liberdade da vítima ou invadir sua esfera de privacidade.

10. Neste ponto, ressalto que, embora a Defesa sustente que o apelante não se dirigia aos locais onde a vítima se encontrava com a intenção de encontrá-la, em uma das mensagens enviadas, Wallace afirma explicitamente que esteve em determinado local à procura dela.

11. Vale lembrar que a jurisprudência pátria é uníssona no sentido de que quando se está diante de delitos cometidos sob a égide da Lei Maria da Penha deve se dar especial relevo à fala vítima.

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

<< Sumário

12. Comprovação inequívoca do controle exercido pelo réu sobre a vítima, de forma reiterada invadindo e perturbando a esfera de liberdade ou privacidade dela.

13. Deste modo, restou plenamente comprovada a prática do delito descrito no artigo 147-A, § 1.º, II, do Código Penal, com aplicação da Lei nº 11.340/2006.

14. Dosimetria da pena adequada. Suspensão condicional da pena privativa de liberdade mantida, porém com decote, de ofício, de comparecimento do réu às reuniões do grupo reflexivo, por ausência de fundamentação.

15. Prequestionamentos rechaçados à mingua de ofensa à Constituição Federal ou à legislação infraconstitucional.

IV. Dispositivo

Recurso defensivo desprovido. Decote, de ofício, da obrigação de frequência do apelante às reuniões de grupo reflexivo.

Jurisprudências citadas: 0009076-37.2015.8.19.0028 - APELAÇÃO. Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 25/02/2021 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL, 0003412-71.2018.8.19.0011 - APELAÇÃO. Des(a). SIDNEY ROSA DA SILVA - Julgamento: 08/10/2020 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL (0016261-21.2023.8.19.0037 - APELAÇÃO. Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO - Julgamento: 22/05/2025 - SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL)

Íntegra do acórdão em segredo de justiça

Recurso em Sentido Estrito nº 0003310-61.2023.8.19.0209 Relator: Desembargador Antonio Carlos Nascimento Amado

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ARTIGO 215-A DO CÓDIGO PENAL. OFERECIMENTO EXTEMPORÂNEO DAS RAZÕES. MERA IRREGULARIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. MÉRITO. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. DISSENSO DA VÍTIMA QUE PRECISA SER INDUVIDOSO. FATO PRATICADO EM PROGRAMA TELEVISIVO. IMAGENS QUE PODEM REPRESENTAR ATUAÇÃO COMPATÍVEL COM O AMBIENTE TÍPICO DE INTIMIDADE DE CASAIS, INCLUSIVE DE CUNHO SEXUAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. UNÂNIME.

I. Caso em exame

Primeiro fato. Vítima que conversava com o primeiro recorrido, posicionado a seu lado, junto a um grupo de pessoas, em uma festa, quando ele a abraçou pelas costas e desceu a mão até a sua região lombar e apalpou suas nádegas. Vítima que continuou a conversa com o grupo, tendo se referido ao recorrido como seu melhor amigo e tendo-o abraçado logo depois, embora tenha retirado discretamente seu braço de suas costas, ao ritmo da música que tocava. Segundo fato. Vítima que conversava com o segundo recorrido, recostada na cama, vestida, rindo e brincando, quando ele projetou seu corpo sobre ela, imobilizando seus braços ao prendê-los atrás da cabeça e beijou seu pescoço. Vítima que continuou rindo e brincando e deu um pontapé na orelha do segundo recorrido. Casal que continuou rindo e brincando, a despeito das advertências da produção do programa de TV e de uma das participantes do *reality show* que estava presente no quarto.

II. Questão em discussão.

Preliminar de rejeição do recurso em sentido estrito pela intempestividade do oferecimento das razões. Depoimento da vítima prestado após a conclusão do inquérito. Denúncia que já havia sido oferecida, sem que o juízo de admissibilidade tivesse sido exercido. Alegação de violação ao contraditório. Vítima de nacionalidade mexicana. Necessidade de intérprete, nos termos do artigo 223 do Código de Processo Penal. Mérito. Crimes de importunação sexual que contém, como elementar da figura típica, a ausência de consentimento da vítima. RAZÕES DE DECIDIR.

Preliminar de intempestividade que se rejeita. Oferecimento extemporâneo das razões de recurso que constitui mera irregularidade. Entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Oitiva da vítima após o oferecimento da denúncia. Possibilidade de postergação do contraditório, em prol da efetividade do processo, considerando que a vítima reside em outro país. Ampla defesa plenamente assegurada, já que as defesas tiveram acesso ao conteúdo das declarações e puderam se manifestar sobre elas. Ausência de prejuízo. Ausência de intérprete, na forma do artigo 223 do Código

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

<< Sumário

de Processo Penal. Inocorrência de nulidade da oitiva da vítima. Perguntas encaminhadas à vítima em seu idioma nativo, o espanhol. Defesa que não teve qualquer dificuldade na compreensão do conteúdo das declarações. Contraditório e ampla defesa plenamente assegurados. Mérito. Dúvida quanto ao dissenso da vítima que se extrai do seu comportamento, já que, durante os fatos, ria e brincava, e não procurou mudar de ambiente. Indagada, na manhã seguinte, a respeito dos fatos, respondeu que não se sentiu incomodada e que nada fora do normal aconteceu, além de ter demonstrado tristeza com a exclusão dos recorridos do programa.

IV. Dispositivo e Tese

Conhecimento do recurso e, no mérito, desprovimento do recurso. TESE DE JULGAMENTO. 1. O oferecimento extemporâneo das razões de recurso constitui mera irregularidade. 2. Nos crimes de importunação sexual o dissenso da vítima precisa ser indubitoso. DISPOSITIVOS RELEVANTES CITADOS. Art. 215-A do CP. Art. 223 do CPP. JURISPRUDÊNCIA RELEVANTE CITADA. HC n. 365.333/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe de 24/11/2017; AgRg no AREsp n. 2.307.761/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/2/2024, DJe de 4/3/2024. **Inteiro teor em segredo de justiça**

Apelação Criminal nº 0833862-81.2024.8.19.0001 **Relatora: Desembargadora Adriana Ramos de Mello**

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ARTIGO 217-A, § 1º, DO CP. VÍTIMA EM ESTADO DE SONO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APLICAÇÃO DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER, DENOMINADA CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS RECOMENDAÇÕES DO COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER - CEDAW. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

I. Caso em exame

1. Apelação criminal defensiva requerendo, em síntese: i) preliminarmente, a nulidade em virtude da violação de domicílio, do direito à não autoincriminação, da inversão da ordem dos depoimentos prestados em sede policial e da quebra da cadeia de custódia da prova; ii) no mérito, a absolvição por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a desclassificação para o crime de importunação sexual.

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

II. Questão em discussão

2. Há três questões principais em discussão: i) saber se há nulidade do processo por inexistência de flagrante, violação ao direito ao silêncio, inversão da colheita das declarações inquisitoriais ou quebra da cadeia de custódia; ii) saber se estão demonstradas a autoria e a materialidade aptas a manter a condenação; iii) saber se é possível a desclassificação para o crime de importunação sexual.

III. Razões de decidir

3. Imperiosa a necessidade de aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, que indica as diferentes formas pelas quais as desigualdades de gênero se operam. 4. Não há dúvidas de que, no presente caso, a vítima se encontrava em uma posição extremamente vulnerável, posto que o réu violou a sua dignidade sexual enquanto ela estava dormindo, estando incapacitada de oferecer qualquer resistência. 5. O direito das mulheres a uma vida livre de violência é inseparável e interdependente em relação a outros direitos humanos, incluindo o direito à vida, à saúde, à liberdade e à segurança pessoal, o direito à igualdade e à igual proteção dentro da família, à liberdade contra a tortura, o tratamento cruel, desumano ou degradante e à liberdade de expressão, movimento, participação, reunião e associação. 6. O Poder Judiciário deve observar os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), realizando o controle de convencionalidade das leis internas, na apreciação dos casos concretos, nos termos da

<< Sumário

Recomendação 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça. 7. A Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que foi ratificada pelo Estado Brasileiro 1984 e no seu art. 1º, define as situações que representam evidente discriminação contra a mulher. 8. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, ratificada pelo Brasil em 1995, que define violência contra a mulher como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada". 9. Recomendação nº 33 do Comitê CEDAW, pela qual deve ser garantido o acesso das mulheres à justiça. Recomendação nº 35, que ressalta que violência de gênero seria aquela "...dirigida contra uma mulher porque ela é mulher ou que afeta as mulheres desproporcionalmente". 10. No tocante à alegação de ilegalidade da prisão em flagrante, a discussão se encontra superada desde a audiência de custódia, oportunidade em que houve a conversão em prisão preventiva. 11. No caso dos autos, o ingresso em domicílio foi autorizado pela mãe do acusado. Além disso, ainda que fosse sustentável a tese da ilegalidade do ingresso domiciliar, não haveria de se falar em ilegalidade das provas, que são totalmente independentes da diligência policial em questão. 12. Não houve autoincriminação por parte do acusado, que, na ocasião de suas declarações em sede policial, apenas relatou ter mantido relações sexuais consensuais com a vítima, o que não seria considerado crime. 13. A sentença condenatória não foi pautada nas afirmações do acusado na delegacia, tendo o magistrado sentenciante amparado o decreto condenatório especialmente pela prova oral colhida em juízo, de modo que não restou demonstrado prejuízo. 14. A alegada violação do contraditório e da ampla defesa em razão da inversão da colheita das declarações feitas na delegacia não se sustenta, dada a natureza inquisitorial do inquérito policial. 15. Consoante previsão do artigo 167, do Código de Processo Penal, a falta de exame de corpo de delito pode ser suprida pela prova testemunhal, quando desaparecidos os vestígios. 16. O tipo penal previsto no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal, visando a tutelar a dignidade sexual do vulnerável, pune o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com alguém que "por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode

oferecer resistência". 17. A materialidade e autoria delitivas restaram devidamente comprovadas pelo registro de ocorrência, pelos termos de declaração e, em especial, por meio dos relatos coerentes e harmônicos prestados pela vítima e pela testemunha ocular em juízo. 18. O acusado manteve relações sexuais com a vítima enquanto ela estava dormindo, durante a madrugada, após consumo de bebida alcoólica, fatores que denotam a sua incapacidade de oferecer resistência aos atos por ele praticados 19. O depoimento da vítima, em especial quando corroborado com outros elementos de prova, como ocorre na hipótese dos autos, possui alto valor probante, servindo de amparo à condenação. 20. O resultado do laudo prévio de conjunção carnal não é apto a desconstituir a prática delitiva, haja vista que os crimes de natureza sexual nem sempre deixam vestígios. 21. Inviável a desclassificação para importunação sexual pretendida pela defesa, eis que a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa que não pode oferecer resistência é considerada crime de estupro pelo artigo 217-A, do Código Penal, diante da vulnerabilidade da vítima, o que torna inviável a desclassificação para o delito de importunação sexual. 22. A dosimetria da pena também não merece qualquer reparo, eis que a pena foi fixada no mínimo legal.

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

IV. Dispositivo e Tese

23. Recurso de apelação conhecido e desprovido.

Dispositivos relevantes citados: CP, arts. 215-A e 217-A; Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, art. 1º. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, art. 1º e art. 7º. Jurisprudência relevante citada: STJ: AgRg no AREsp n. 2.773.871/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/12/2024, DJEN de 3/1/2025; HC 380.698/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 05/10/2017, DJe 27/10/2017; RHC n. 108.338/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/3/2019, DJe 1/4/2019; STJ - RHC: 136961 RJ 2020/0284469-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 30/04/2021; APn n. 902/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Corte Especial, julgado em 4/12/2024, DJEN de 19/12/2024.

Inteiro teor em segredo de justiça

<< Sumário

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. FURTO DE 04 (QUATRO) UNIDADES DE ENERGÉTICO MONSTER, 6 (SEIS) PACOTES DE MUÇARELA, 4 (QUATRO) PACOTES DE LINGUIÇA SEARA E 2 (DUAS) UNIDADES DE LEITE EM PÓ, TOTALIZANDO UM VALOR DE R\$ 281,11 (DUZENTOS E OITENTA E UM REAIS E ONZE CENTAVOS).

SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENAS DE 1 (UM) ANO DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS-MULTA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ABSOLUÇÃO POR ATIPICIDADE.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. FURTO FAMÉLICO. ESTADO DE NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO E DA TENTATIVA. Absolvição por atipicidade que improcede. A *res furtiva* foi avaliada em R\$ 281,11 (duzentos e oitenta e um reais e onze centavos), representando quase 20% do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, quer seja, R\$ 1.412,00 (mil quatrocentos e doze reais), não podendo ser considerado ínfimo valor tal montante. Precedentes no STJ. Não se deve acatar a ideia de insignificância de forma ampla e genérica ou se estaria avalizando qualquer indivíduo a se valer de tal princípio para justificar a prática de pequenos furtos. Precedentes no STF. Furto famélico que se configura quando a conduta é praticada por alguém para satisfazer uma necessidade urgente para saciar a fome. Não basta a simples alegação de situação de extrema miserabilidade, sem comprovação de forma concreta do aduzido. Ademais, a quantidade dos bens subtraídos, 6 peças de muçarela, 4 pacotes de linguiça de pernil e 4 latas de bebida energética, não se mostram compatíveis com o alegado estado de necessidade. Tese de ocorrência do crime impossível que não merece acolhida. Não exclui a existência de tipicidade a utilização de meio relativamente inidôneo, quando há um perigo, ainda que mínimo, para o bem jurídico que o agente pretenda atingir. Não basta a ineficácia relativa. A existência de sistema de vigilância no estabelecimento lesado, por si só, não torna o crime impossível, pois tais dispositivos apenas dificultam a ação dos agentes, não sendo, entretanto, capazes de impedir a prática

de crimes. Precedentes no STF. Cabível, ainda, o disposto na súmula nº 567 do STJ. Tentativa que não se reconhece. A prova oral trazida aos autos demonstra incontestavelmente que a conduta delituosa se consumou. Acusada que logrou retirar do interior do estabelecimento comercial lesado as mercadorias apreendidas, tendo sido presa fora do local quando tentava se evadir. Inversão da posse do bem, ainda que por curto período de tempo, que se verifica. Precedentes nos Tribunais Superiores. Matéria sumulada no verbete nº 582 do STJ. Furto privilegiado que se reconhece. A Apelante é primária e o prejuízo sofrido é de pequeno valor, conforme dispõe o artigo 155, § 2º do Código Penal. Logo, diminuo a pena em 2/3, passando a reprimenda final a 4 meses de reclusão e 3 dias-multa. Diante do *quantum* de pena ora aplicado e, portanto, incompatível com a pena restritiva de prestação de serviços à comunidade aplicada na sentença (conf. artigo 46 do CP), a substituo pela pena de limitação de final de semana, na forma dos artigos 44 e 48, ambos do CP. Recurso CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO para reconhecer a ocorrência do furto privilegiado, na fração de 2/3, repousando a reprimenda final da apelante em 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 03 (três) dias-multa, além de substituir a pena restritiva de prestação de serviços à comunidade pela de limitação de final de semana, na forma dos artigos 44 e 48, ambos do Código Penal. No mais, mantém-se a sentença atacada.

Acesse o inteiro teor:



<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A3416AA8F57B-9339BB6CC3F7315DEADEC519195C0502&USER=>

Jurisprudência TJRJ
Órgão Especial

Jurisprudência TJRJ
Direito Público

Jurisprudência TJRJ
Direito Privado

Jurisprudência TJRJ
Direito Penal

<< Sumário

Súmulas, Conflitos de Competência e Precedentes do TJRJ

SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO TJRJ

Tese jurídica consolidada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que reflete sua jurisprudência dominante.



<https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/d/portal-conhecimento/sumulas-2025>

DECISÕES EM CONFLITOS DE COMPETÊNCIA DE APLICAÇÃO OBRIGATORIA

Julgamentos realizados pelo E. Órgão Especial do TJRJ, com força de enunciado sumular, cujas deliberações são de observância obrigatória para todos os Órgãos do Tribunal (Art. 231, parágrafos 8º e 9º do Regimento do TJERJ).



<https://portaltj.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/conflito-de-compet%C3%Aancia>

Precedentes do TJRJ

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)



<https://www3.tjrj.jus.br/PortalConhecimento/ejud#!ConsultaPrecedentesIrdR>

Incidentes de Assunção de Competência (IAC)



<https://www3.tjrj.jus.br/PortalConhecimento/ejud#!ConsultaPrecedentesIac>

A consulta ao conteúdo desta página é feita clicando nos endereços da coluna da direita, que permite o acesso direto às páginas oficiais do TJRJ, assegurando a atualização contínua.

The background of the page is split vertically. The left half is white, and the right half is a light gray with a pattern of diagonal lines. A maroon rectangle with rounded corners is positioned in the upper left, overlapping both the white and gray areas.

Enunciados
aprovados pelo CEDES

1.º e 2.º Encontros

Área Temática: Direito da Infância, Juventude e Idoso

Diretor: Desembargadora Márcia Alves Succi

Enunciado 1: “Considerando o disposto no artigo 10, § 1º, II e § 2º do Estatuto do Idoso é indispensável a oitiva da pessoa idosa em procedimento judicial instaurado nas Varas com competência do Idoso, garantindo o direito à manifestação de vontade.”

Enunciado 2: “Nas ações individuais de saúde ou educação movidas em face de entes públicos ou privados, a mera presença de criança ou adolescente no polo ativo não atrai a competência da Vara de Infância e Juventude, devendo ser apuradas as circunstâncias específicas atinentes à vulnerabilidade da parte/beneficiário.”

Enunciado 3: “As multas provenientes das ações das varas de infância e da juventude, independentemente de ser direito individual homogêneo, deverão ser destinadas ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.”

Área Temática: Direito da Saúde

Diretor: Desembargadora Katya Maria de Paula Menezes Monnerat

Enunciado 4: “Para fins de aplicação intertemporal das teses fixadas no tema 1234 do STF, aplica-se a teoria do isolamento dos atos processuais. As regras de instrução somente podem ser exigidas nos processos nos quais a fase instrutória iniciou-se após 03/10/2024, data de publicação da Súmula Vinculante 61.”

Área: Direito Empresarial

Diretora: Desembargadora Monica Maria Costa Di Piero

Enunciado 5: “É admissível a nomeação conjunta de mais de um Administrador Judicial no processamento da recuperação judicial, devidamente fundamentada pelo Juízo em razão da complexidade e quando a estrutura do grupo econômico ou a multiplicidade de estabelecimentos, justificar uma clara divisão de funções, desde que observado o disposto no art. 24, par. 1 da Lei 11.101/2005 e o art. 5º, pars. 3 e 4 da Resolução 393/2001/CNJ.”

Enunciado 6: “Nas falências decretadas sob a vigência do regime anterior à reforma legislativa de 2020, o prazo para apresentação de habilitação ou pedido de reserva de crédito deve ser contado a

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

>>|

<< Sumário

partir da entrada em vigor da nova disciplina legal, e não da data da quebra, a fim de preservar a segurança jurídica, a confiança legítima dos credores e a estabilidade do processo falimentar.”

Enunciado 7: “A apresentação de certidão negativa de débitos tributários, ou equivalente, constitui condição para a homologação do plano de recuperação judicial, desde que o respectivo ente federativo tenha instituído norma própria que permita à empresa em recuperação regularizar seus débitos por meio de instrumento legalmente viável.”

Enunciado 8: “É admissível a prorrogação do *stay period* nas recuperações judiciais, em caráter excepcional, superado o prazo legal, por uma vez de igual período, desde que o atraso não seja imputado à Recuperanda e haja deliberação expressa e favorável da Assembleia Geral de Credores.”

Enunciado 9: “A competência do Juízo da Recuperação Judicial para o controle dos atos constitutivos nas execuções de créditos extraconcursais não fiscais é exercida através dos meios de cooperação judicial, limitando-se à suspensão de eventual penhora, sua redução ou substituição quando houver conhecimento de outros bens penhoráveis, mantida a competência do juízo da execução individual quanto aos demais atos processuais, vedado o declínio da competência para o juízo da recuperação judicial.”

Enunciado 10: “A incidência da multa decorrente de inadimplemento de obrigação contratual subjacente a contrato de afretamento marítimo deve ser precedida de notificação judicial ou extrajudicial, em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, salvo disposição expressa em contrário.”

Enunciado 11: “A exclusão de sócio de sociedade limitada que tenha como fundamento a alegação de justa causa, somente poderá ser admitida se vier a ser comprovada a prática de falta grave capaz de comprometer a execução da atividade empresarial, não bastando, em tais casos, a mera alegação da quebra de *affectio societatis*.”

Área Temática: Direito Civil Parte Geral

Diretor: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho

Enunciado 12: “O aparente abandono do imóvel ocupado, por si só, é insuficiente para caracterizar a posse de boa-fé, a permitir a indenização das acessões e das benfeitorias úteis, bem como o exercício do direito de retenção.”

Enunciado 13: “O termo inicial da prescrição decenal, pela teoria da *actio nata*, é da ciência dos desfalques na conta individualizada vinculada ao PIS/PASEP. A contagem do prazo prescricional inicia-se no dia em que o titular da conta realiza o saque da quantia depositada junto à instituição financeira, momento no qual deveria ter conferido o saldo de sua conta e identificado eventuais irregularidades.”

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

Área Temática: Direito Ambiental

Diretora: Desembargadora Maria Aglaé Tedesco

Enunciado 14: “O princípio da proibição do retrocesso ambiental, impõe limites à discricionariedade administrativa e legislativa em matéria de licenciamento ambiental e fiscalização, vedando medidas que reduzam o nível de proteção ambiental já alcançado, sendo, portanto, nulas as medidas administrativas e institucionais as medidas legais que violem a proibição do retrocesso ambiental.”

Enunciado 15: “O Direito Social à Moradia deve ser atendido pelo pagamento de aluguel social, em caso de desastre climático decorrente de calamidade pública ou de remoções de pessoas residentes em áreas de risco, somente sendo cancelado no caso de reassentamento da família. Para efeito de tutela antecipada deverá ser considerado caso de perigo na demora de sua concessão independente da data em que o desastre tenha ocorrido, face a necessidade de moradia diária.”

Área Temática: Direito das Sucessões

Diretora: Desembargadora Rosa Maria Cirigliano Maneschy

Enunciado 16: “Em havendo separação de fato, não haverá concorrência entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro, independentemente do tempo de separação de fato e da prova da culpa do “*de cujus*” para a ruptura.”

Enunciado 17: “Nos requerimentos de alvará judicial, baseados na lei federal nº 6858/80, é competente o foro do domicílio do requerente, salvo quando não houver dependentes habilitados perante o órgão previdenciário, hipótese em que será competente o foro do domicílio do falecido.”

>>|

<< Sumário

Área Temática: Direito de Família

Diretora: Desembargadora Mônica Feldman de Mattos

Enunciado 18: “Os estudos técnicos devem ser compartilhados entre os Juízos de Família, VECA, JVD e VIJ para manter ou suspender a convivência paterno-filial, evitando-se a revitimização do filho, a alienação parental, o conflito de decisões e a suspensão de processos, observado o sigilo quando necessário.”

Enunciado 19: “Comprovada a violência doméstica, a convivência paterno-filial poderá ser suspensa ou assistida, de acordo com o melhor interesse da criança e adolescente.”

Enunciado 20: “A ocorrência atual de violência doméstica inviabiliza a fixação de guarda compartilhada que pressupõe a existência de ambiente cooperativo e de respeito mútuo entre os pais.”

Enunciado 21: “O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, instituído pelo CNJ, deve ser aplicado nos processos de família.”

Enunciado 22: “Respeitado o interesse e a vontade da criança e/ou adolescente, a limitação ou restrição de convivência com um dos genitores não deve ser estendida indiscriminadamente aos demais familiares.”

Enunciado 23: “Na ação de alimentos, não se admite a quebra de sigilo bancário daquele que não integra a relação processual como parte.”

Enunciado 24: “A existência de medidas protetivas impostas ao ente parental, em razão de violência doméstica, inviabiliza a guarda compartilhada, entretanto, por si só, não afasta a possibilidade de convivência paterno-filial, devendo ser sopesadas as demais circunstâncias, como atualidade dos episódios, o comportamento em relação à prole e o risco potencial à criança ou ao adolescente.”

Enunciado 25: “É possível a expedição de carta de sentença imobiliária, em processos de divórcio e de dissolução de união estável com partilha de bens homologada, dispensando-se a instauração de inventário ou procedimento de execução de partilha para fins de transferência dominial, tendo em vista o caráter meramente administrativo da questão registral.”

Enunciado 26: “Cabe ao magistrado especificar, no encaminhamento do processo à Equipe Técnica Interprofissional Cível (ETIC), nos casos de justiça gratuita, ou quando da nomeação de peritos particulares nos demais casos, se há necessidade prioritária de estudo social ou estudo psicológico, evitando-se determinações genéricas de ‘estudo psicossocial’.”

Enunciado 27: “Os alimentos entre ex-cônjuges e ex-companheiros possuem, em regra, natureza excepcional e transitória, devendo ser fixados por prazo determinado, suficiente para a reinserção no mercado de trabalho ou reaquisição da autonomia financeira.”

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

Área Temática: Direito Administrativo

Diretor: Desembargador José Roberto Portugal Compasso

Enunciado 28: “Nas ações de usucapião, direito sucessório ou empresarial, o interesse meramente fiscal do ente público configura interesse secundário, não ensejando o deslocamento de competência.”

Enunciado 29: “Em condenações contra a fazenda pública estadual, de natureza previdenciária e referentes a servidores/empregados públicos contribuintes de regime próprio de previdência social, incide correção monetária pelo INPC no período anterior à EC 113/2021.”

Enunciado 30: “Os créditos oriundos da conversão em pecúnia de férias/licenças-prêmio não gozadas possuem natureza unicamente indenizatória, e não podem ser incluídas em lista preferencial de pagamento de precatórios, por força do art. 100, § 1º e § 2º, da Constituição da República.”

Área Temática: Direito Constitucional

Diretor: Desembargador Guilherme Braga Peña de Moraes

Enunciado 31: “É admissível a utilização de técnicas de decisão, inclusive a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição, no controle difuso de leis e atos normativos.”

Enunciado 32: “Em demandas que envolvam o controle judicial de políticas públicas, o julgador deve levar em consideração as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão.”

Enunciado 33: “A inércia na instituição da comissão de avaliação de desempenho impede o reenquadramento funcional e, bem assim, o pagamento de verbas remuneratórias retroativas.”

Enunciado 34: “O trânsito em julgado de decisão de mérito com previsão de índice específico de juros ou de correção monetária não impede a incidência de legislação ou entendimento jurisprudencial supervenientes.”

>>|

<< Sumário

Área Temática: Direito Processual Civil

Diretor: Desembargador Ricardo Alberto Pereira

Enunciado 35: “DOMICÍLIO JUDICIAL ELETRÔNICO- CITAÇÃO EM DIA ÚTIL- PRAZO INICIAL – CONTAGEM.

No caso de citação pelo Domicílio Judicial eletrônico (DJE), quando a confirmação do teor da citação ocorrer em dia útil, o termo inicial:

(I) do prazo de cinco dias úteis tem início no dia útil seguinte ao da confirmação (art. 231, IX CPC);

(II) do prazo processual para a parte tem início no primeiro dia útil subsequente ao término dos cinco dias úteis (art. 224, CPC).”

Enunciado 36: “DOMICÍLIO JUDICIAL ELETRÔNICO – CITAÇÃO EM DIA NÃO ÚTIL – PRAZO INICIAL – CONTAGEM

No caso de citação pelo Domicílio Judicial eletrônico (DJE), quando a confirmação do teor da citação (art. 231, IX CPC) ocorrer em dia não útil, a data dessa confirmação será considerada como sendo o primeiro dia útil subsequente ao dia não útil respectivo (art. 20, § 1º, Res. 455/2022, CNJ). Após o termo inicial:

(I) do prazo de cinco dias úteis, terá início o dia útil seguinte ao dia útil que se considerou como sendo o da confirmação;

(II) do prazo processual para a parte terá início no primeiro dia útil subsequente ao término dos cinco dias úteis (art. 224, CPC).”

Enunciado 37: “DOMICÍLIO JUDICIAL ELETRÔNICO – FAZENDA PÚBLICA – CITAÇÃO – PRAZO INICIAL – CONTAGEM

(I) As citações enviadas via Domicílio Judicial Eletrônico – DJE – às pessoas jurídicas de direito público serão consideradas automaticamente realizadas ao final do prazo de 10 (dez) dias, caso não ocorra a consulta antes do término de tal prazo (art. 20, §3º-A, da Resolução nº 455/2022 do Conselho Nacional da Justiça).

(II) Caso a confirmação do recebimento da citação, por consulta ou automática, ocorra em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil subsequente ao dia não útil respectivo (art. 20, § 1º, da Resolução nº 455/2022 do Conselho Nacional da Justiça).

(III) O termo inicial do prazo de cinco dias úteis previsto no art. 231, IX, Código de Processo Civil tem início no dia útil seguinte ao da confirmação do recebimento da citação.

(IV) O termo inicial do prazo processual para a parte tem início no primeiro dia útil subsequente ao término dos cinco dias úteis (art. 224, Código de Processo Civil)."

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

Área Temática: Direito Tributário

Diretora: Desembargadora Flávia Romano de Rezende

Enunciado 38: "Em se tratando de ações e exceções de pré-executividade demandadas por matriz e/ou filiais, necessário o recolhimento de taxa judiciária por cada CNPJ, considerando a existência de efeitos tributários e capacidades processuais distintas."

Enunciado 39: "No caso do tema 176 STF, os valores depositados pelo contribuinte no processo não podem ser levantados antes da liquidação da sentença, considerando a necessidade de verificar se o ICMS incidente sobre a energia consumida (kWh) foi superior, igual ou inferior ao incidente sobre a energia contratada (kWh)."

Enunciado 40: "A dispensa do adiantamento das custas previstas na Lei 15.109/2025, materializada no novo § 3º do art. 82 do Código de Processo Civil, não compreende a taxa judiciária."

Enunciado 41: "É desnecessária a reiteração de pedido de penhora ou arresto já constante da inicial para o protocolo de penhora on line ou outras medidas constritivas de bens no curso da execução fiscal (Paula Teles)."

Enunciado 42: "Configura obrigação tributária acessória a manutenção de endereço completo e atualizado junto ao órgão tributante. O retorno do AR na citação postal com a informação "mudou-se", "desconhecido" e "recusado" autoriza a imediata realização do arresto a que alude o art. 7º, III da Lei 6830/80, sem a necessidade de renovação do ato de citação por outra modalidade nem a demonstração de má-fé ou tentativa de ocultação pelo executado."

Área Temática: Direito do Crime Organizado

Diretor: Desembargador Flávio Marcelo Azevedo Horta

Enunciado 43: "O Juiz que presidir o maior número de atos da instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido, removido ou aposentado, casos em que passará os autos ao Juiz que estiver em exercício no órgão jurisdicional".

>>|

<< Sumário

Enunciado 44: “Na Audiência de Instrução e Julgamento, em especial nas que apurem crimes contra a vida, aqueles praticados mediante o uso de violência contra a pessoa, grave ameaça ou redução por qualquer meio da capacidade de resistência, bem como delitos contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao Juiz garantir que não serão mencionadas teses ou versões que venham a duvidar da sanidade ou higidez mental ou física do ofendido, salvo se amparadas por laudos médicos ou psicológicos.”

Enunciado 45: “Para caracterização do Crime de Organização Criminosa, exige-se, além da estabilidade, da permanência, do número mínimo de 4 integrantes e do elemento subjetivo especial consistente no ajuste prévio entre seus membros, com a finalidade específica de cometer crimes indeterminados, a existência de uma estrutura hierarquicamente ordenada, com nítida divisão de tarefas entre seus integrantes, em moldes estruturais e empresariais, com *modus operandi* específico, coordenado e sistemático.”

Enunciado 46: “É legítimo o início da execução penal provisória das condenações criminais de réus presos ou condenados pelo Tribunal do Júri, confirmadas em segundo grau pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ainda que pendentes de julgamento recursos especial ou extraordinário, salvo se atribuído efeito suspensivo pelo tribunal competente ou reconhecida a excepcionalidade do caso concreto.”

Enunciado 47: “Haverá associação criminosa sempre que três ou mais pessoas se unirem com o propósito de praticar crimes, desde que evidenciada mínima estrutura organizativa ou plano coletivo mínimo que extrapole a mera coparticipação ocasional.”

Área Temática: Direito da Violência Doméstica

Diretora: Desembargadora Adriana Ramos de Mello

Enunciado 48: “Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, a vítima deverá estar acompanhada por advogado(a) ou Defensoria Pública, em observância aos artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha e da Recomendação Geral nº 33, do Comitê CEDAW.”

Enunciado 49: “Ao revogar a prisão do agressor(a) de violência doméstica e familiar, recomenda-se a avaliação acerca da concessão

das medidas protetivas de urgência, da sujeição do agressor(a) à monitoração eletrônica na forma do artigo 22, parágrafo 5º da LMP com acompanhamento através da Patrulha Maria da Penha, realizado pela Polícia Militar, e a notificação da vítima.”

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

Área Temática: Direito Processual Penal

Diretor: Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

Enunciado 50: “No procedimento de reconhecimento de pessoas, nas fases pré-processual e processual, serão observadas as regras da Resolução nº 484/2022, do Conselho Nacional de Justiça, sob pena de invalidade do reconhecimento, devendo a autoridade judiciária valorar o reconhecimento positivo da pessoa investigada ou processada em conjunto com os demais elementos do acervo probatório.”

Área Temática: Direito Penal

Diretor: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzillotta Baldez

Enunciado 51: “O cômputo em dobro deve ser realizado em relação a todo o período de cumprimento da pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, devendo a decisão da Corte IDH ser interpretada da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.”

Enunciado 52: “A exigência de realização de exame criminológico para toda e qualquer progressão de regime não retroage às condenações anteriores à Lei n. 14/843/2024.”

>>|

<< Sumário

Área temática: Direito de Órfãos e Sucessões**Diretor: Desembargadora Rosa Maria Cirigliano Maneschy**

Enunciado 53: “O direito de uso de sepultura, em cemitérios públicos do Município do Rio de Janeiro/RJ, no caso de falecimento do titular e para transmissão aos seus sucessores, deve, em regra, ser submetido a procedimento sucessório, judicial ou extrajudicial, por ter conteúdo econômico e ser transmissível a terceiros, nos termos dos arts. 134 e 135, do decreto municipal nº 39.094/2014, do Rio de Janeiro/RJ. Excepcionalmente, pode-se dispensar o procedimento sucessório, judicial ou extrajudicial, caso haja consenso familiar (art. 134, I, do decreto municipal nº 39.094/2014, do Rio de Janeiro/RJ), resolvendo-se a sucessão, no que tange a esse direito, em procedimento administrativo, junto à concessionária.”

Área temática: Direito Constitucional**Diretor: Desembargador Guilherme Braga Peña de Moraes**

Enunciado 54: “É admissível a utilização das formas alternativas de solução consensual de litígios constitucionais pelo Tribunal de Justiça.”

Enunciado 55: “A competência do Tribunal de Justiça para processo e julgamento das ações penais instauradas contra os Prefeitos Municipais por crimes comuns, exceto os dolosos contra a vida, praticados no cargo e em razão das funções, subsiste mesmo após a cessação da investidura no mandato eletivo, ainda que o inquérito ou ação penal sejam iniciados depois de concluído seu exercício.”

Enunciado 56: “Não usurpa iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo estadual ou municipal lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da estrutura ou funcionamento de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.”

Enunciado 57: “Demonstrada a impossibilidade de reintegração familiar, poderá o magistrado, liminarmente, suspender o poder familiar e determinar a colocação em família substituta, em respeito ao direito fundamental à convivência familiar, devendo ser informado aos pretensos adotantes, expressamente, o caráter liminar das decisões.”

Enunciado 58: “Os Juízos de Direito e o Tribunal de Justiça dispõem de competência para o controle de convencionalidade de leis e atos normativos em face de tratados internacionais de direitos humanos.”

Área temática: Direito Administrativo

Diretor: Desembargador José Roberto Portugal Compasso

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

Enunciado 59: “A Gratificação de Risco da Atividade Militar (GRAM), prevista nos arts. 10, IV, e 19-A da Lei Estadual nº 279/1979, com as alterações da Lei nº 9.537/2021, tem caráter pro labore faciendo, natureza indenizatória e é devida aos militares ativos do estado em virtude das peculiaridades inerentes à carreira, significando que: 1 – A GRAM não enseja fato gerador para a incidência do Imposto de Renda; 2 – A GRAM não é devida aos militares inativos que já se encontravam na reserva remunerada quando da sua criação, não se estendendo aos seus pensionistas; 3 – O artigo 41, § 4.º, da Lei Estadual n.º 9.537/21, que prevê a possibilidade de incorporação da GRAM pelos militares da ativa que cumprissem os requisitos para a transferência para a reserva remunerada até 31 de dezembro de 2021, veda a acumulação da referida verba com o cálculo da remuneração da inatividade sobre o soldo do grau hierárquico superior e com o adicional de inatividade.”

Enunciado 60: “A gratificação de regência de classe dos professores da rede pública estadual deve ser reajustada pelos índices gerais aplicáveis aos vencimentos da categoria, conforme a tese firmada no IRDR nº 0026631-20.2016.8.19.0000. Em consequência, a prescrição alcança apenas as parcelas vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, não atingindo o fundo de direito à revisão do valor histórico devido.”

Enunciado 61: “É incompetente a Justiça estadual do Estado do Rio de Janeiro para processar e julgar ações ajuizadas em face de banca examinadora, ainda que de instituição privada, de concursos públicos de outros Estados da Federação, em observância aos limites de jurisdição definidos pelo STF (ADI 5492).”

Área temática: Direito de Família

Diretora: Desembargadora Mônica Feldman de Mattos

Enunciado 62: “É competente para conhecer da ação de partilha posterior ao divórcio e à dissolução de união estável o juízo que o decretou, ressalvadas posteriores alterações de domicílio das partes, bem como a hipótese prevista no art. 14-A da Lei 11.340/2006.”

Enunciado 63: “É cabível a prisão civil por débito alimentar relativo ao período correspondente às três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e às que se vencerem no curso do processo, nos termos do art. 528, §7º, do Código de Processo Civil e Enunciado 309 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, não sendo suficiente o pagamento apenas das últimas três prestações para afastar a medida coercitiva.”

<< Sumário

Área temática: Direito da Infância, Juventude e Idoso

Diretora: Desembargadora Cláudia Maria de Oliveira Motta

Enunciado 64: “Compete ao Juízo da Infância e da Juventude julgar exclusivamente as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes que se encontrem em situação concreta de risco ou de abandono (art. 5º, *caput*, e inciso LIV, art. 37 e artigo 227 da CRFB, arts. 4º, 98, 148, e 209 da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990).”

Enunciado 65: “Para a concessão da curatela provisória, em tutela de urgência, é imprescindível a demonstração mínima das condições incapacitantes da pessoa idosa, mediante a apresentação de laudos médicos ou outros documentos que comprovem tanto a probabilidade do direito a ser resguardado quanto a urgência na adoção antecipada da medida.”

Enunciado 66: “A entrevista pessoal, que constitui ato obrigatório, deve ser feita na sede do juízo, sendo admitida a sua realização por meio virtual diante das condições de saúde da pessoa idosa, mediante decisão fundamentada.”

Enunciado 67: “Verificada através de perícia médica e constatada que é parcial a limitação da pessoa idosa, pode o magistrado, preenchidos os requisitos legais, oferecer à pessoa idosa a implementação do instituto da tomada de decisão apoiada em substituição à curatela.”

Área temática: Direito Tributário

Diretora: Desembargadora Flávia Romano de Rezende

Enunciado 68: “Nas execuções fiscais, a liberação de valores bloqueados eletronicamente por meio do Sistema SISBAJUD, com fundamento no inciso X do art. 833 do Código de Processo Civil, exige cumulativamente: (i) requerimento expresso da parte, conforme estabelecido no Tema 1.235 do Superior Tribunal de Justiça; e (ii) comprovação idônea de que o montante constrito é indispensável à subsistência do devedor e de sua família.”

Enunciado 69: “Nas execuções, inclusive fiscais, a impenhorabilidade de verbas de natureza salarial pode ser relativizada, admitindo-se a manutenção do bloqueio de até 30% da remuneração ou proventos do executado, em observância aos princípios da efetividade da tutela executiva e da dignidade da pessoa humana.”

Enunciado 70: “A penhora sobre o faturamento da empresa, em sede de execução, deve assegurar a efetividade da tutela executiva, sendo inadmissível a fixação de depósitos mensais em valores irrisórios que conduzam à eternização da dívida.”

Enunciado 71: “O executado que requerer a penhora sobre o faturamento de sua empresa deverá instruir o pedido com documentação idônea, que demonstre o efetivo faturamento, tais como: (i) cópia da última alteração contratual arquivada na Junta Comercial, caso ainda não acostada aos autos; (ii) cópia das Declarações de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – DIPJ ou suas declarações equivalentes; (iii) Demonstrações de Resultado do Exercício – DRE referentes aos dois últimos anos; (iv) Balanços Patrimoniais referentes aos dois últimos anos, devidamente assinados por contador; (v) Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF do mesmo período; (vi) livro diário, com o objetivo de bem verificar o cumprimento do Tema 769 do STF.”

Enunciado 72: “O reconhecimento da modulação prevista no Tema 986 do STJ em favor do contribuinte deve ser explicitada no dispositivo e enseja sucumbência.”

Enunciado 73: “É possível declarar o direito de crédito tributário em mandado de segurança, sendo vedado reconhecer qualquer obrigação de dar quantia certa.”

Enunciado 74: “Em razão da mitigação prevista no art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/1990, nas execuções para a cobrança de IPTU, a manutenção do bloqueio atende ao princípio da menor onerosidade da execução.”

Área temática: Direito da Violência Doméstica

Diretora: Desembargadora Adriana Ramos de Mello

Enunciado 75: “As práticas de Justiça Restaurativa podem ser empregadas em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, desde que sua implementação não interfira no andamento ou no resultado da ação penal, nem produza qualquer forma de revitimização, vedando-se o contato físico ou visual direto entre vítima e agressor.”

Enunciado 76: “À luz do art. 22, parte final, da Lei nº 11.340/06, bem como dos artigos 152 da Lei nº 7.210/84 e 79 do Código Penal, é juridicamente admissível determinar o encaminhamento de autores de crimes praticados no contexto da violência doméstica e familiar ao Grupo Reflexivo de Homens, tanto como medida protetiva de urgência quanto como condição para a suspensão condicional da pena, quando deferida.”

Enunciado 77: “Tendo em vista que as Medidas Protetivas de Urgência possuem natureza autônoma, preventiva e inibitória, independentes da existência de procedimento criminal, admite-se seu processamento por varas cíveis, de família e especializados cuja competência decorre da proteção de grupos vulneráveis, como pessoas idosas ou crianças e adolescentes.”

Área temática: Direito da Saúde

Diretora: Desembargadora Katya Maria de Paula Menezes Monnerat

Enunciado 78: “Compete à Justiça Estadual conhecer e julgar pedidos formulados em ação cujo objeto seja o fornecimento de medicamento com registro na ANVISA, mas não incorporado na política de saúde do Estado ou do Município, quando o custo anual do tratamento for inferior a 210 salários-mínimos, observada a necessidade de preenchimento dos requisitos previstos no Tema 6 do STF para a concessão do medicamento.”

Enunciado 79: “A remessa de processos aos núcleos de Justiça 4.0, quando fundada nas hipóteses dos incisos II a V do art. 1º da Resolução CNJ nº 398/2021 e devidamente autorizada pela Comissão de Políticas Institucionais para eficiência operacional e qualidade dos serviços judiciais – COMAQ, não admite oposição, prescindindo da anuência das partes, em observância aos princípios da eficiência e da racionalização da atividade jurisdicional e à autonomia organizacional do Tribunal.”

Área temática: Direito do Crime Organizado e da Segurança Pública

Diretor: Desembargador Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes

Codiretor: Desembargador Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Enunciado 80: “No curso da investigação criminal, cabe ao Juiz de Garantias analisar o deferimento do uso de ferramentas tecnológicas disponíveis, em atendimento aos Princípios da Proporcionalidade e Legalidade.”

Enunciado 81: “Consideram-se indícios de fundada suspeita, aptos a fundamentar a busca pessoal prevista no artigo 244 do CPP, tais como a evasão ao avistar a presença policial, a resistência ou desobediência à ordem de parada, a presença em local conhecido pela prática de crimes e/ou a informação específica pormenorizada.”

Enunciado 82: “Informações específicas corroboradas por diligências de observação policial, a visualização de práticas criminosas durante patrulhamento ostensivo, a presença de agente em local conhecido pela ocorrência de crimes com subsequente fuga/evasão durante a abordagem ao avistar a guarnição policial configuram hipóteses de fundamentadas razões para a entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, inclusive no período noturno.”

Enunciado 83: “É lícita a prisão do agente em flagrante, e a apreensão de objetos, papéis, armas ou substâncias, que evidenciem a prática de ilícitos, fortuitamente encontrados no decorrer do cumprimento regular de mandado de busca e apreensão, ainda que não tenham sido o motivo da diligência, dada a licitude do encontro fortuito de provas (serendipidade).”

Área temática: Direito Penal e Processual Penal

Diretores: Desembargador Paulo de Oliveira Lanzillota Baldez

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

Enunciados
1.º Encontro do CEDES

Enunciados
2.º Encontro do CEDES

Enunciado 84: “Na execução penal, o juízo fixará prazo razoável para a elaboração de exames criminológicos exigidos na forma da lei nº 14.843/24. Decorrido o prazo sem o atendimento da determinação judicial, o exame criminológico poderá ser dispensado, sob pena de violação aos princípios constitucionais da duração razoável do processo e da individualização da pena.”

Enunciado 85: “A natureza hedionda do delito deve ser aferida ao tempo do fato criminoso, inclusive para fins de indulto.”

Enunciado 86: “Incumbe aos órgãos de persecução penal promoverem, na fase inquisitorial, a juntada aos autos das imagens das câmeras corporais e/ou de viaturas, dos policiais responsáveis pela diligência relacionada aos fatos em apuração, inclusive de modo a que fiquem desvinculadas de links temporários gerados pela PMERJ ou empresa contratada.”

Área temática: Direito Empresarial

Diretora: Desembargadora Mônica Maria Costa Di Piero

Enunciado 87: “Cabe ao juízo da recuperação analisar, em cada caso, se a continuidade das execuções, ressalvadas as hipóteses de execuções fiscais, compromete a viabilidade do plano de recuperação, em observância ao princípio da preservação da empresa.”

Enunciado 88: “Não compete aos juízos com competência empresarial processar e julgar as ações cujo objeto seja a invalidação de contrato de cessão de cotas societárias por fraude ou vício de consentimento.”

Enunciado 89: “É conveniente a prévia oitiva da parte ré para prestar esclarecimentos, justificadamente, antes da análise do pedido de medida cautelar ou de antecipação dos efeitos da tutela de mérito, em razão de alegada violação a patente de tecnologia (artigos 42 e 209, § 1º, da Lei 9.279/96).”

Enunciado 90: “A adoção da modalidade *stalking horse* nos processos de recuperação judicial e falência deve garantir ampla transparência e publicidade no processo de seleção do proponente inicial, com a exigência de manifestação prévia e expressa do administrador judicial quanto à adequação dos valores dos bens ou ativos estipulados na due diligence realizada pelo proponente.”

Enunciado 91: “Sem prejuízo do artigo 22, I, ‘h’, e dos parâmetros previstos no artigo 24 e §§ da Lei nº 11.101/2005, pode o juiz limitar a remuneração do

<< Sumário

administrador judicial ao salário do diretor executivo da recuperanda ou, no caso de consolidação processual ou substancial, à soma dos salários dos respectivos diretores executivos.”

Área temática: Direito Processual Civil

Diretor: Desembargador Ricardo Alberto Pereira

Enunciado 92: “Na fixação de honorários advocatícios, na forma do art. 85, §2º do CPC, devem ser somados os valores de condenações da parte vencida em quantia certa com os valores de proveitos econômicos obtidos pela parte vencedora em detrimento da parte vencida.”

Enunciado 93: “A fim de afastar o efeito material da revelia, na forma do inciso IV, do art. 345, do CPC, deve o magistrado fundamentar, de forma objetiva e clara, quais alegações autorais estão em contradição com quais provas dos autos, não se admitindo decisão genérica a tal respeito, em obediência aos termos do art. 489 do CPC, o que deve ser feito antes de proferir sentença, em respeito ao art. 10 do CPC.”

Área temática: Direito Civil – Parte Geral

Diretor: Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho

Enunciado 94: “Nas relações não consumeristas, a invalidação de um ato por erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão exige o ajuizamento de ação autônoma ou reconvenção por parte do devedor, não bastando o seu argumento no corpo da contestação.”

Enunciado 95: “Nas relações não consumeristas, não cabe ao devedor o argumento, em contestação, da nulidade de cláusula contratual por onerosidade excessiva, sem prejuízo da ação autônoma ou reconvenção objetivando a resolução ou revisão do contrato, com efeitos a partir da citação da parte adversa.”

Enunciado 96: “Admite-se, na execução de título extrajudicial por inadimplemento de mensalidades escolares de filhos dependentes do casal, a inclusão do outro consorte, ainda que não esteja nominado nos instrumentos contratuais que deram origem à dívida.”

Área temática: Direito Civil (Teoria Geral das Obrigações, Contratos e Direito das Coisas)

Diretor: Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Enunciado 97: “A planta e o memorial descritivo são documentos essenciais na ação de usucapião de imóvel não registrado, não podendo sua ausência ser suprida por pedido de perícia judicial.”

Enunciado 98: “À luz dos princípios da prevenção e da precaução, o titular de posse ou propriedade limítrofe tem o dever de comunicar ao titular dos imóveis vizinhos ou de seus possuidores o uso de substâncias potencialmente tóxicas em sua propriedade, independentemente da responsabilidade civil, penal e ambiental.”

Enunciado 99: “A hospedagem atípica, realizada por meio de plataformas digitais, somente é admissível em condomínio edilício residencial quando houver autorização expressa na convenção condominial ou deliberação assemblear especialmente convocada para tal finalidade, observando-se o quórum qualificado previsto no artigo 1.351 do Código Civil.”

Enunciado 100: “É cabível, por decisão judicial em tutela provisória ou definitiva, a exclusão do exercício do uso direto pelo condômino ou possuidor, que cria insuportabilidade de convivência, acaso a sanção pecuniária tenha se mostrado inútil, observados os requisitos do artigo 1.337 do Código Civil.”

Enunciado 101: “Nos contratos de locação não residencial paritários é válida a cláusula de renúncia ao direito à revisão de aluguéis, prevista no art. 19 da Lei nº 8245/91.”

Área temática: Direito do Consumidor

Diretor: Desembargador José Acir Lessa Giordani

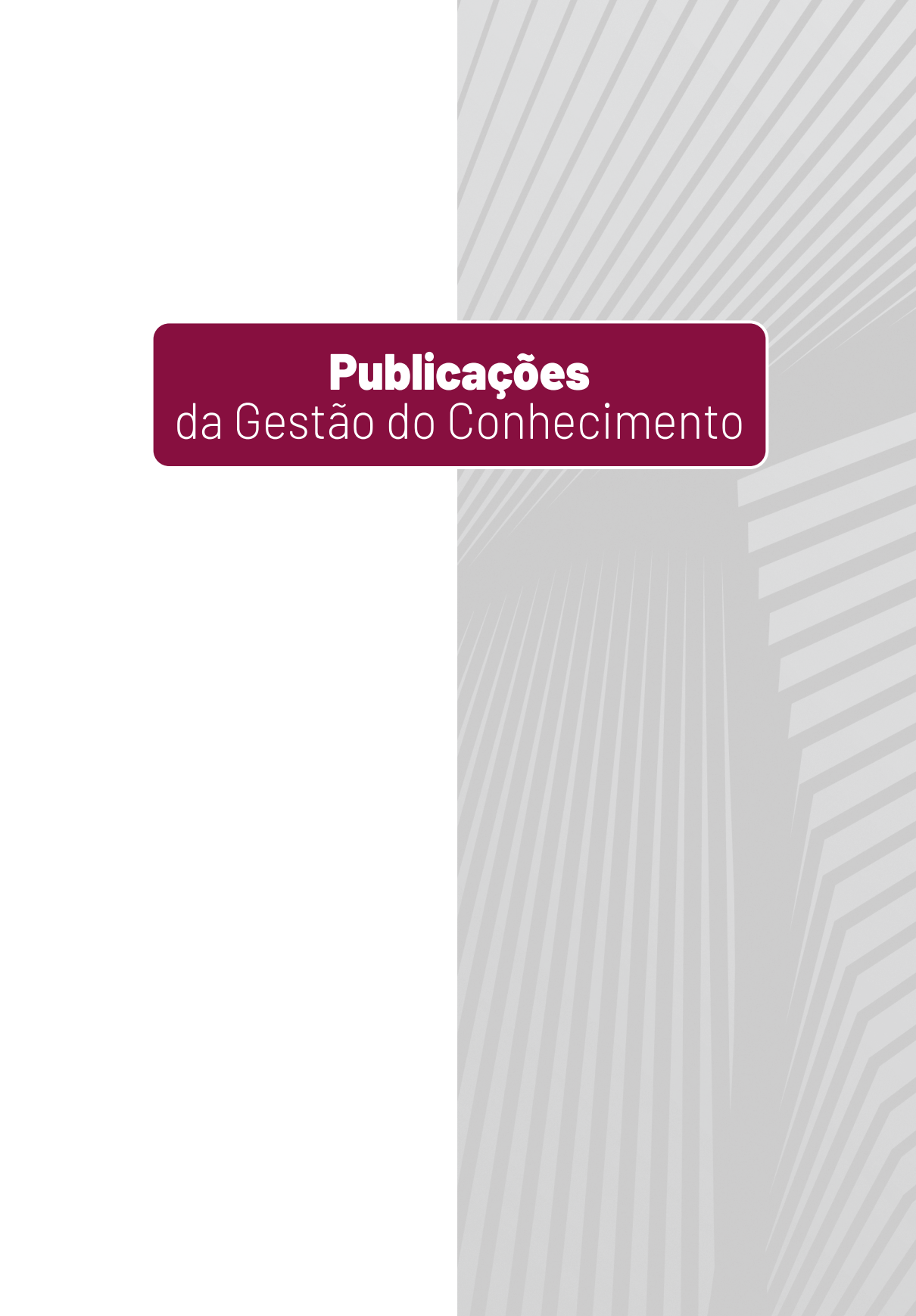
Enunciado 102: “Nas fraudes bancárias há fato concorrente, com configuração da responsabilidade da instituição financeira, em caso de falha no monitoramento, quando concedido empréstimo ou autorizada outra operação, ou uma sequência delas, de forma absolutamente distanciada do perfil do usuário.”

Área temática: Direito do Meio Ambiente e Clima

Diretora: Desembargadora Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Enunciado 103: “Os Estados têm obrigações jurídicas, no plano interno e internacional, de prevenir, mitigar, adaptar e cooperar para evitar danos ambientais, sejam transfronteiriços ou que atinjam gerações futuras. As ações ou omissões violadoras ensejam responsabilidades de cessação, de não repetição e reparação.”

Enunciado 104: “A tutela antecipada para recuperação do meio ambiente poderá ser concedida, presentes os indícios de supressão irregular de mata nativa ou poluição ambiental, com base em relatório após sensoriamento remoto, não sendo exigível inspeção pessoal.”

The background of the page is split into two main sections. The left section is a solid white space. The right section is a light gray area filled with a pattern of diagonal lines that create a sense of depth and movement, resembling a stylized architectural or geometric design. A maroon-colored rectangular box with rounded corners is positioned in the upper left of the gray section, containing the title text in white.

Publicações da Gestão do Conhecimento

Boletim do
Conhecimento

Periódico digital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), editado desde 2008, é encaminhado às segundas, quartas e sextas-feiras, via *e-mail* institucional, a magistrados, servidores e cadastrados externos. Reformulado em 2025, ganhou novo *layout*, mais atrativo, e uma folha de destaque interativa, com resumos temáticos e *links* diretos para notícias relevantes. O Boletim reúne verbetes sumulares, enunciados, precedentes e julgados relevantes do TJRJ, além das principais novidades sobre legislações federais, estaduais e municipais do Rio de Janeiro. Compila ainda as atualizações mais relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

[Acesse >>](#)

<https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/boletim-do-conhecimento>

JULGADOS EM PAUTA

NOTICÁRIO SEMANAL DO TJRJ

EDICÃO 17



Tradicional escola de dança será indenizada por cancelamento de espetáculo

A Quarta Câmara de Direito Público reconheceu a responsabilidade civil da Fundação Cidade das Artes pelo cancelamento de espetáculo contratado, em razão da ausência de certificado do Corpo de Bombeiros. A autora da ação, Petite Danse, tradicional escola de dança, receberá indenização por danos materiais e morais, após ter sido o evento suspenso às vésperas da realização.

Leitura Intensiva

Tribunal afasta responsabilidade de instituições financeiras por golpe da falsa vaga de emprego

A Vigésima Câmara de Direito Privado manteve, por unanimidade, sentença que afastou a responsabilidade de instituições financeiras por fraude envolvendo o golpe da falsa vaga de emprego.

Table 1 Table 2 Table 3 Table 4 Table 5 Table 6 Table 7 Table 8 Table 9 Table 10 Table 11 Table 12 Table 13 Table 14 Table 15 Table 16 Table 17 Table 18 Table 19 Table 20 Table 21 Table 22 Table 23 Table 24 Table 25 Table 26 Table 27 Table 28 Table 29 Table 30 Table 31 Table 32 Table 33 Table 34 Table 35 Table 36 Table 37 Table 38 Table 39 Table 40 Table 41 Table 42 Table 43 Table 44 Table 45 Table 46 Table 47 Table 48 Table 49 Table 50 Table 51 Table 52 Table 53 Table 54 Table 55 Table 56 Table 57 Table 58 Table 59 Table 60 Table 61 Table 62 Table 63 Table 64 Table 65 Table 66 Table 67 Table 68 Table 69 Table 70 Table 71 Table 72 Table 73 Table 74 Table 75 Table 76 Table 77 Table 78 Table 79 Table 80 Table 81 Table 82 Table 83 Table 84 Table 85 Table 86 Table 87 Table 88 Table 89 Table 90 Table 91 Table 92 Table 93 Table 94 Table 95 Table 96 Table 97 Table 98 Table 99 Table 100 Table 101 Table 102 Table 103 Table 104 Table 105 Table 106 Table 107 Table 108 Table 109 Table 110 Table 111 Table 112 Table 113 Table 114 Table 115 Table 116 Table 117 Table 118 Table 119 Table 120 Table 121 Table 122 Table 123 Table 124 Table 125 Table 126 Table 127 Table 128 Table 129 Table 130 Table 131 Table 132 Table 133 Table 134 Table 135 Table 136 Table 137 Table 138 Table 139 Table 140 Table 141 Table 142 Table 143 Table 144 Table 145 Table 146 Table 147 Table 148 Table 149 Table 150 Table 151 Table 152 Table 153 Table 154 Table 155 Table 156 Table 157 Table 158 Table 159 Table 160 Table 161 Table 162 Table 163 Table 164 Table 165 Table 166 Table 167 Table 168 Table 169 Table 170 Table 171 Table 172 Table 173 Table 174 Table 175 Table 176 Table 177 Table 178 Table 179 Table 180 Table 181 Table 182 Table 183 Table 184 Table 185 Table 186 Table 187 Table 188 Table 189 Table 190 Table 191 Table 192 Table 193 Table 194 Table 195 Table 196 Table 197 Table 198 Table 199 Table 200 Table 201 Table 202 Table 203 Table 204 Table 205 Table 206 Table 207 Table 208 Table 209 Table 210 Table 211 Table 212 Table 213 Table 214 Table 215 Table 216 Table 217 Table 218 Table 219 Table 220 Table 221 Table 222 Table 223 Table 224 Table 225 Table 226 Table 227 Table 228 Table 229 Table 230 Table 231 Table 232 Table 233 Table 234 Table 235 Table 236 Table 237 Table 238 Table 239 Table 240 Table 241 Table 242 Table 243 Table 244 Table 245 Table 246 Table 247 Table 248 Table 249 Table 250 Table 251 Table 252 Table 253 Table 254 Table 255 Table 256 Table 257 Table 258 Table 259 Table 260 Table 261 Table 262 Table 263 Table 264 Table 265 Table 266 Table 267 Table 268 Table 269 Table 270 Table 271 Table 272 Table 273 Table 274 Table 275 Table 276 Table 277 Table 278 Table 279 Table 2



Justiça garante validação de certificado de conclusão de ensino médio

A Quinta Câmara de Direito Público concedeu segurança para validar o certificado de conclusão do ensino médio e determinar a emissão do histórico escolar de estudante que concluiu o curso em 2014, antes do descredenciamento da instituição de ensino. A Secretaria Estadual de Educação negou a validação dos documentos expedidos pelo Centro Educacional Pádio, que encerrou suas atividades em 2017.

Leite nas Intervenções

Companhia aérea é condenada por impedir embarque de passageiro com documento de identidade válido

A Quinta Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou, por unanimidade, a decisão do magistrado de 2º grau que julgou improcedente uma ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por um consumidor que foi impedido de embarcar num voo para Buenos Aires, utilizando sua Carteira de Identidade Nacional (CIN).

Leila van Ieperen



Servidora pública será indenizada pelas parcelas de empréstimos consignados descontadas indevidamente em folha



A Oitava Câmara de Direito Público condenou o Banco BMG e o Município de Cabo Frio a pagarem R\$ 5 mil de indenização por danos morais, além de restituírem em dobro valores indevidamente cobrados a uma servidora municipal que teve parcelas de empréstimos consignados descontadas em folha, sem repasse à instituição financeira. Os descontos resultaram na negativação indevida de seu nome.

Lola no integra

Sugestões de pauta e solicitações de cadastramento do público externo para recebimento do boletim devem ser enviadas pelo e-mail:

sacop.asinc@tirj.ius.br

Boletim publicado por:



Assessoria de
Integração do Conhecimento
ASINQ



Julgados em Pauta

Boletim eletrônico que reúne decisões do Órgão Especial, das Seções e Câmaras de Direito Público e Privado, das Turmas Recursais e de outros órgãos julgadores do TJRJ. Com linguagem simples e jornalística, apresenta o conteúdo de forma clara, direta e acessível ao público em geral. O *Julgados em Pauta* é distribuído semanalmente, às quintas-feiras, e pode ser solicitado pelo e-mail sgcon.asinc@tjrj.jus.br.

[Accessee >>](#)

<https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/julgados-em-pauta>

Ementário de Jurisprudência Temático

Publicações

O *Ementário de Jurisprudência Temático* é uma publicação eletrônica mensal de caráter institucional, voltada à divulgação qualificada da jurisprudência do Tribunal. A produção reúne criteriosa seleção de ementas de decisões proferidas pelo TJRJ, organizadas por temas atuais e relevantes, acompanhadas de *links* que permitem o acesso ao inteiro teor dos julgados, contribuindo para a disseminação do conhecimento jurídico junto aos operadores do Direito.

Acesse >>

<https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/juridico/ementarios-de-jurisprudencia-ed-especial>



The background of the page is split vertically. The left half is white, and the right half is a light gray with a pattern of diagonal lines. A maroon rectangular box with rounded corners is positioned in the upper left, containing the title text in white.

Índice de Acórdãos por Assunto

AÇÃO RESCISÓRIA

Índice de Acórdãos
por Assunto

0024997-86.2016.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Violação à norma e erro de fato. Reajuste de 11,98% decorrentes da conversão da moeda em URV. Servidor público. Admissão após a Lei nº 8.880/94. Procedência da rescisória

444

0027147-35.2019.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Desapropriação por utilidade pública. Juros compensatórios no percentual de 12%. Tutela de urgência. Suspensão dos efeitos do acórdão rescindendo. Percentual fixado dos juros compensatórios em 6%

443

0055127-83.2021.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Reconhecimento de maternidade socioafetiva *post mortem*. Ausência de demonstração. Inexistência de erro de fato. Pedido rescindente improcedente

450

0081971-36.2022.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Concessão de direito real de habitação. Erro de fato. Procedência da ação rescisória

449

0057183-84.2024.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Plano de saúde. Tratamento psiquiátrico. Cobrança de coparticipação no custeio de diárias. Erro de fato. Plano contratado. Ausência de coparticipação. Procedência da rescisória

457

0072699-47.2024.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Demolição de imóvel residencial. Ausência de licença municipal. Regularização da obra. Efeito suspensivo à ação rescisória. Juízo de retratação

455

0082340-59.2024.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Recuperação Judicial. Habilitação de crédito. Coisa julgada. Reclassificação da natureza do crédito do réu de concursal para extraconcursal. Ofensa configurada.

453

ACIDENTE DE TRÂNSITO

0165227-73.2019.8.19.0001

TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Mão de direção invertida. Vítima fatal. Ausência de provas das alegações. **451**

ASSOCIAÇÃO DE MORADORES

0050697-49.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Cobrança de cotas associativas. Inexistência de relação jurídica. Tutela da Evidência. Suspensão da cobrança. **390**

BUSCA E APREENSÃO

2126264/MS

STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1279. Bem alienado fiduciariamente. Termo inicial para purgação da mora. Contagem a partir da execução da medida liminar. **415**

CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA)

2194708/SC

STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1350. Impossibilidade de substituição ou emenda pela Fazenda Pública para inclusão, complementação ou modificação do fundamento legal do crédito tributário. Vedação mesmo antes da sentença de embargos. **409**

COMPETÊNCIA

0045958-33.2025.8.19.0000

TJ - (PRPN) - Correição parcial. Termo circunstanciado. Delito de menor potencial ofensivo. Declínio de competência. Juizado Especial Criminal. **461**

0057815-13.2024.8.19.0000

TJ - (MS) - ALERJ. CPI. Contratos de plano de saúde. Pessoas com deficiência. Incompetência da Alerj para legislar e fiscalizar a matéria. Competência exclusiva da União. Concessão da segurança. **437**

CONFISSÃO ESPONTÂNEA

2001973/RS
STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1194. Confissão espontânea.
Reconhecimento independente de uso na condenação. Retratação
e seus efeitos. Confissão parcial qualificada. Compensação com
agravantes. Proporcionalidade na aplicação. Dosimetria na pena. **423**

CRÉDITO TRIBUTÁRIO

0029989-75.2025.8.19.0000
TJ - (AI) - ISS. Suspensão da exigibilidade.
Recolhimento em outro município. Tutela da Evidência.
Necessidade de instrução probatória. **386**

CRIME AMBIENTAL

2205709/MG
STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1377. Poluição. Art. 54
da Lei n.º 9605/1988. Natureza jurídica. Crime formal. Potencialidade
de dano à saúde humana. Desnecessidade de ocorrência de dano
efetivo. Meios de prova idôneos. **429**

DESAPROPRIAÇÃO

0001444-92.2025.8.19.0000
TJ - (MS) - Desapropriação. Utilidade pública. Preço ofertado e
depositado. Recurso interposto pelo litisconsorte necessário. **435**

DESPEJO

0051215-39.2025.8.19.0000
TJ - (AI) - despejo. Inadimplência da locatária. Ausência de garantias do
contrato de locação. Tutela da evidência. Concessão da liminar. **391**

DIVÓRCIO

0070048-42.2024.8.19.0000

TJ - (AI) - Divórcio. Comprovação da relação matrimonial.
Manifestação de vontade de um dos cônjuges. Contraditório.
Dispensa. Tutela da Evidência. Concessão.

385

0034620-62.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Divórcio. Citação. Necessidade. Tutela da Evidência.
Indeferimento. Princípio do Contraditório.

383

0047955-51.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Divórcio. Direito potestativo. Tutela da Evidência.
Concessão. Imóvel gravado com usufruto.
Preservação das garantias processuais e do contraditório.

385

0050223-78.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Divórcio. Tutela da Evidência. Direito potestativo.
Concessão da liminar. Desnecessidade de contraditório.

386

ERRO DE FATO

0024997-86.2016.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Violação à norma e erro de fato. Reajuste de 11,98%
decorrentes da conversão da moeda em URV. Servidor público.
Admissão após a Lei nº 8.880/94. Procedência da rescisória.

444

0081971-36.2022.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Ação de reconhecimento e dissolução de união estável.
Concessão de direito real de habitação. Erro de fato. Procedência
da ação rescisória.

449

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

0833862-81.2024.8.19.0001

TJ - (ACr) - Vítima em estado de sono. Impossibilidade de resistência.
Valor probatório do depoimento da vítima corroborado por testemunha
ocular. Julgamento com perspectiva de gênero. Convenção de Belém
do Pará e CEDAW. Impossibilidade de desclassificação para
importunação sexual.

466

EXECUÇÃO PENAL

2085556/MG

STJ- (RESP) - Tema Repetitivo 1236. Remição de pena. Estudo a distância (EAD). Projeto Político-Pedagógico. Fiscalização de atividade educacional. Credenciamento. Frequência e atividade escolar do apenado.

426

FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÃO

2148059/MA

STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1306. Técnica de fundamentação por referência ("per relationem"). Reprodução de trechos de decisão anterior. Enfrentamento de novas questões relevantes.

403

FURTO

0820377-05.2024.8.19.0004

TJ - (ACr) - Subtração de alimentos. Inaplicabilidade do Princípio da Insignificância. Sistema de vigilância que não torna o crime impossível. Furto famélico não comprovado. Reconhecimento do furto privilegiado.

470

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

0003310-61.2023.8.19.0209

TJ - (RSE) - Razões extemporâneas. Irregularidade. Importunação sexual. Necessidade de dissenso indubitado da vítima. Oitiva pós-denúncia. Intérprete. Ausência de prejuízo.

464

INVENTÁRIO

0050676-73.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Inventário. Antecipação de valores do acervo hereditário antes da partilha. Consenso entre herdeiros. Tutela da Evidência. Concessão.

393

ITBI

0093563-06.2024.8.19.0001

TJ - (AC) - ITBI. Base de cálculo. Valor declarado pelo contribuinte.

Tutela da Evidência. Tema 1113 do STJ.

392

JUROS COMPENSATÓRIOS

0027147-35.2019.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Desapropriação por utilidade pública.

Juros compensatórios no percentual de 12%. Tutela de urgência.

Suspensão efeitos do acórdão rescindendo.

Percentual fixado dos juros compensatórios em 6%.

443

JUROS MORATÓRIOS

2199164/PR

STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1368. Art. 406 do Código Civil. Dívidas civis. Aplicabilidade da taxa SELIC antes da Lei nº 14.905/2024.

Equivalência com a taxa de mora dos tributos federais.

413

MANDADO DE SEGURANÇA

2103305/MG

STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1273. Mandado de segurança preventivo.

Obrigações tributárias de trato sucessivo. Inaplicabilidade do prazo decadencial da Lei n. 12.016/2009, art. 23.

407

0001444-92.2025.8.19.0000

TJ - (MS) - Desapropriação. Utilidade pública. Preço ofertado e depositado. Recurso interposto pelo litisconsorte necessário.

435

0057815-13.2024.8.19.0000

TJ - (MS) - ALERJ. CPI. Contratos de plano de saúde.

Pessoas com deficiência. Incompetência da Alerj para legislar e fiscalizar a matéria. Competência exclusiva da União.

Concessão da segurança.

437

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA

0055127-83.2021.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Reconhecimento de maternidade socioafetiva *post mortem*. Ausência de demonstração. Inexistência de erro de fato. Pedido rescindente improcedente. **450**

PLANO DE SAÚDE

0057183-84.2024.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Plano de saúde. Tratamento psiquiátrico. Cobrança de coparticipação no custeio de diárias. Erro de fato. Plano contratado. Ausência de coparticipação. Procedência da rescisória. **457**

PERSEGUIÇÃO (STALKING)

0059512-23.2022.8.19.0038

TJ - (ACr) - Violência doméstica e familiar. Violência psicológica. Prova digital. Cadeia de custódia. Palavra da vítima. Tipicidade penal. *Sursis*. **462**

POÇO ARTESIANO

0090629-83.2021.8.19.0000

TJ - (IRDR) - Uso de fonte alternativa de captação de água. Poço artesiano. Abastecimento hídrico pela rede pública. Limites do poder regulamentar. Legalidade da proibição. **445**

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

0082340-59.2024.8.19.0000

TJ - (ARESC) - Recuperação Judicial. Habilitação de crédito. Coisa julgada. Reclassificação da natureza do crédito do réu de concursal para extraconcursal. Ofensa configurada. **453**

RESPONSABILIDADE CIVIL

2008545/RJ

STJ - (RESP) - Tema Repetitivo 1173. Responsabilidade civil do corretor de imóveis. Promessa de compra e venda. Descumprimento contratual pela construtora/incorporadora. Limites da responsabilidade do intermediador. Hipóteses excepcionais de responsabilização. **417**

0165227-73.2019.8.19.0001

TJ - (AC) - Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Mão de direção invertida. Vítima fatal. Ausência de provas das alegações. **451**

TUTELA DA EVIDÊNCIA

0070048-42.2024.8.19.0000

TJ - (AI) - Divórcio. Comprovação da relação matrimonial. Manifestação de vontade de um dos cônjuges. Contraditório. Dispensa. Tutela da Evidência. Concessão. **385**

3000372-19.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Magistério Público Estadual. Piso salarial nacional. Lei Federal nº 11.738/2008. Suspensão de Liminar nº 0071377-26.2023.8.19.0000. Tutela da Evidência. Indeferimento. **388**

0957426-34.2023.8.19.0001

TJ - (AC) - Magistério Público Estadual. Piso salarial nacional. Lei Federal n. 11.738/2008. Lei Estadual n. 5539/2009. Implementação para níveis superiores. Tutela da Evidência. **395**

0029989-75.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - ISS. Suspensão da exigibilidade. Recolhimento em outro município. Tutela da Evidência. Necessidade de instrução probatória. **386**

0034620-62.2025.8.19.0000

TJ - (AI) - Divórcio. Citação. Necessidade. Tutela da Evidência. Indeferimento. Princípio do Contraditório. **383**

0047955-51.2025.8.19.0000	
TJ - (AI) - Divórcio. Direito potestativo. Tutela da Evidência. Concessão. Imóvel gravado com usufruto. Preservação das garantias processuais e contraditório.	385
0048655-27.2025.8.19.0000	
TJ - (AI) - Servidor público. Gratificação de incentivo à escolaridade. Tutela da Evidência. Prova documental. Ausência de citação.	388
0050223-78.2025.8.19.0000	
TJ - (AI) - Divórcio. Tutela da Evidência. Direito potestativo. Concessão da liminar. Desnecessidade de contraditório.	386
0050676-73.2025.8.19.0000	
TJ - (AI) - Inventário. Antecipação de valores do acervo hereditário antes da partilha. Consenso entre herdeiros. Tutela da Evidência. Concessão.	393
0051215-39.2025.8.19.0000	
TJ - (AI) - Despejo. Inadimplência da locatária. Ausência de garantias do contrato de locação. Tutela da Evidência. Concessão da liminar.	391
0050697-49.2025.8.19.0000	
TJ - (AI) -Cobrança de cotas associativas. Inexistência de relação jurídica. Tutela da Evidência. Suspensão da cobrança.	390
0093563-06.2024.8.19.0001	
TJ - (AC) - ITBI. Base de cálculo. Valor declarado pelo contribuinte. Tutela da Evidência. Tema 1113 do STJ.	392

TUTELA DE URGÊNCIA

0072699-47.2024.8.19.0000	
(ARESC) - Demolição de imóvel residencial. Ausência de licença municipal. Regularização da obra. Efeito suspensivo à ação rescisória. Juízo de retratação.	455



PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO