

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Edição Especial n.4

Agosto 2026



SENTENÇA DO ZERO

ISSN 2965-7695



EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero, Brasil.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero, Brasil.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Alcelyr Valle da Costa Neto, Instituto Superior do Litoral do Paraná - ISULPAR, Paranaguá/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Andréa Grandini José Tessaro, Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, Joinville/SC, Brasil

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.
Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil
Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campo Grande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepień Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Belíña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.

Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.

Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero, Brasil.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

RAFAEL CORRÊA

1. AS AMARRAS DE ODISSEU NA ERA DOS DADOS: UMA NOVA LEITURA DOGMÁTICA DA PRIVACIDADE E O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM SUA TUTELA 07

FERNANDA RODRIGUES LAGARES

2. A RESSIGNIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .. 22

MATHEUS RODRIGUES AMARAL

3. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A (IM) POSSIBILIDADE DO INSTITUTO FORMAR COISA JULGADA 48

MARIANA GABRIELLE COSTA

4. O DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA A SUSPENSÃO OU RESCISÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL POR INADIMPLEMENTO 58

JOÃO PEDRO NOGUEIRA FERREIRA MONTEIRO

5. DOLO EVENTUAL NO HOMICÍDIO DE TRÂNSITO: VALOR DISCRIMINATÓRIO DOS INDÍCIOS E PADRÃO PROBATÓRIO DA PRONÚNCIA 73

HELENA DELGADO MALVACCINI MENDES

6. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO TRATAMENTO CONFERIDO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL 98

WILLIAN FARIA DE SOUZA

7. A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL 115

BEATRIZ PENIDO REIS SIMILI

8. OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO 141

JOÃO VITOR CORRÊA PENTEADO

9. A (IN)COMPATIBILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS: ANÁLISE DOGMÁTICA E PROPOSTA DE LEGE FERENDA 161

ISABELLA SALES GUALBERTO

10. O TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A AÇÃO DE NULIDADE DA DOAÇÃO INOFICIOSA À LUZ DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA 1.200/STJ ... 176



MARINA GREGORY MORAES

- 11.A REVOGAÇÃO DAS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS CONDICIONADAS E POR PRAZO CERTO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA 188**

LUCIAN DA PAIXÃO SACHETTI

- 12.OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO HAVIDO POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM: UMA RELEITURA À LUZ DO ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 207**



AS AMARRAS DE ODISSEU NA ERA DOS DADOS: UMA NOVA LEITURA DOGMÁTICA DA PRIVACIDADE E O PAPEL DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM SUA TUTELA

ODYSSEUS'S BONDS IN THE DATA AGE: A NEW DOGMATIC READING OF
PRIVACY AND THE ROLE OF CIVIL LIABILITY IN ITS PROTECTION

Rafael Corrêa¹

Resumo: O presente artigo propõe uma renovada leitura dogmática do direito à privacidade e analisa o papel desempenhado pela responsabilidade civil em sua tutela perante os desafios inaugurados pela economia movida a dados (*data-driven economy*) e pela Internet das Coisas (IoT). Diante da insuficiência do paradigma estrito da autodeterminação informativa para responder às dinâmicas do capitalismo de vigilância, adota-se o modelo metodológico tripartite de Eduardo Henrik Aubert para alçar a privacidade a vetor de projeção e gênese dos direitos da personalidade e eixo para o exercício de liberdades. A partir dessa premissa dogmática, examina-se a multifuncionalidade da responsabilidade civil e a aplicação da tutela restitutória pelo lucro ilícito (*disgorgement* / enriquecimento sem causa, art. 884 do Código Civil) como mecanismo idôneo e eficaz para desestimular a apropriação indevida de dados pessoais e tutelar concretamente as situações existenciais na era digital.

Palavras-chave: Privacidade. Dogmática Jurídica. Economia Movida a Dados. Responsabilidade Civil. Lucro Ilícito. Tutela Restitutória.

Abstract: This article proposes a renewed dogmatic reading of the right to privacy and analyzes the role played by civil liability in its protection in the face of the challenges inaugurated by the data-driven economy and the Internet of Things (IoT). Given the insufficiency of the strict paradigm of informational self-determination to address the dynamics of surveillance capitalism, the tripartite methodological model of Eduardo Henrik Aubert is adopted to elevate privacy to a vector of projection and genesis of personality rights and an axis for the exercise of freedoms. Based on this dogmatic premise, the multifunctional nature of civil liability and the application of restitutionary remedies for disgorgement of illicit profits (unjust enrichment, Article 884 of the Brazilian Civil Code) are examined as suitable and effective mechanisms to deter the improper appropriation of personal data and effectively protect existential situations in the digital age.

Keywords: Privacy. Legal Dogmatics. Data-Driven Economy. Civil Liability. Illicit Profit. Disgorgement.

1. INTRODUÇÃO

A partir da edição do Código Civil de 2002, poucas foram as categorias jurídicas que denotaram tamanha expansão quanto o direito à privacidade. Em duas décadas,

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil (UFPR). Professor em Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da Universidade Federal do Paraná (Virada de Copérnico/UFPR). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). E-mail: rafaelcorreadocencia@gmail.com



testemunhou-se o deslocamento do espaço lateral que a privacidade ocupava para a centralidade de discussões em diversas áreas: de certo modo, tratar da dimensão normativa das relações jurídicas (em seus diversos matizes) passou a significar, também, a tratar do alcance normativo da privacidade.

É possível identificar diversas causas para este movimento centrípeto da privacidade; porém, uma delas parece expressar particular importância: o desenvolvimento potencializado da tecnologia da informação, que promove o uso incessante de algoritmos para a coleta e processamento de dados e viabiliza o predomínio, hoje percebido, das plataformas digitais.

Esse ecossistema hiperconectado evoca uma alegoria arquetípica narrada na “Odisseia” de Homero: a célebre passagem em que Odisseu enfrenta o canto das Sereias (2018, Canto XII, 47-54, p. 250).

Na obra homérica, a sedução das criaturas marinhas atrai os navegantes² com promessas irresistíveis de saber e deleite, conduzindo à ruína aqueles que confiam apenas em sua vulnerável capacidade individual de resistência.

No cenário contemporâneo, a comodidade ubiquitária da economia orientada a dados e as facilidades da vida conectada operam como uma moderna melodia sedutora, diante da qual o paradigma liberal e isolado da autodeterminação informativa - reduzido à manifestação formal do consentimento - mostra-se tão ineficaz quanto deixar o marinheiro desamarrado diante do abismo.

Para preservar a integridade existencial do sujeito sem renunciar à travessia pelas águas da inovação tecnológica, faz-se imperativo construir salvaguardas normativas robustas, as quais funcionem como as verdadeiras amarras de Odisseu ao mastro da nau: balizas estruturais que o Direito Civil deve fornecer para neutralizar a captura predatória da privacidade humana. Para tanto, o presente artigo estrutura-se em um percurso analítico rigoroso e articulado.

Inicialmente, examina-se o deslocamento centrípeto da privacidade no âmbito da economia movida a dados (*data-driven economy*) e da consolidação da Internet

² Na Odisseia (Canto XII, 47–54), a deusa Circe adverte Odisseu sobre a sedução incontrolável das Sereias e prescreve o mecanismo de autovinculação e contenção heterônoma da tripulação: “Mas tu deves passar ao largo; e tapa com cera de mel / doce as orelhas dos companheiros, não vá algum deles / ouvir; se quiseres tu próprio ouvir, / que te atem na nau veloz de mãos e pés, / de pé no mastro, e a ele atem as cordas, / para que com deleite possas ouvir a voz das duas Sereias. / E se suplicando aos companheiros lhes ordenares / que te soltem, eles com mais cordas te deverão prender.” (HOMERO. Odisseia. Tradução de Frederico Lourenço. Lisboa: Quetzal, 2018, p. 250).

das Coisas (IoT), mapeando a conversão dos dados pessoais em insumo econômico preponderante e as dinâmicas inauguradas pelo capitalismo de vigilância.

Em seguida, pondera-se a manifesta insuficiência do paradigma estrito da autodeterminação informativa perante a opacidade algorítmica e as assimetrias informacionais estruturais, evidenciando a urgência de uma releitura dogmática do instituto.

Como instrumental metodológico para essa tarefa, apresentam-se as etapas da investigação dogmática sistematizadas por Eduardo Henrik Aubert - consistentes na fixação das premissas normativas, na desenvolvimento de inferências lógicas e na integração hierárquica das proposições.

Ato contínuo, promove-se a aplicação prática desse modelo para alçar a privacidade à condição de eixo para o exercício de liberdades e vetor de projeção e gênese dos direitos da personalidade, fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal).

Por fim, investiga-se o contributo da multifuncionalidade da responsabilidade civil perante esse quadro, aprofundando o exame da tutela restitutória decorrente do lucro ilícito (*disgorgement* / enriquecimento sem causa, art. 884 do Código Civil) como resposta idônea, eficaz e dissuasória contra a apropriação indevida de dados pessoais, culminando nas considerações finais acerca dos novos horizontes protetivos no Direito Civil.

Traçado e delineado o itinerário, é tempo de percorrê-lo.

2. O DESLOCAMENTO CENTRÍPETO DA PRIVACIDADE NA ECONOMIA MOVIDA A DADOS E NA INTERNET DAS COISAS

Para compreender a magnitude dessa viragem e a necessidade de reconfiguração de suas balizas protetivas, cumpre examinar, em primeiro lugar, as transformações materiais que impulsionaram a privacidade para o epicentro das relações socioeconômicas e jurídicas contemporâneas.

Com efeito, a superação de um modelo tradicional de privacidade - historicamente concebido sob a égide do *right to be let alone* e restrito à postura de mera abstenção contra intromissões indevidas - decorre fundamentalmente da emergência de uma infraestrutura técnica voltada à extração sistemática de fluxos informacionais.

Nesse cenário, o advento e a consolidação das plataformas digitais deixaram de representar meras ferramentas instrumentais de comunicação para se converterem na própria matriz estruturante do mercado e da sociabilidade, instaurando uma dinâmica em que a experiência cotidiana do sujeito passa a alimentar diretamente novos processos de acumulação de capital.

Desse cenário surge, nas palavras de Ana Frazão (2019), “[...] a ideia de uma economia movida a dados [...], já que os dados pessoais são hoje o novo ‘petróleo’ ou principal insumo das atividades econômicas”, perspectiva que globalmente vem sendo denominada como *data-driven economy* (Wahlster *et al.*, 2016). De modo similar, Shoshana Zuboff (2019), professora da Harvard Business School, afirma que esse predomínio das plataformas digitais implica na consolidação da “era do capitalismo de vigilância” (“*The Age of Surveillance Capitalism*”), que caracteriza “[...] uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como material livre para práticas comerciais ocultas de extração, previsão e venda”.

Tal modelo compreende a estruturação das plataformas digitais para além de simples ferramentas de usuários, porquanto, ao erigirem-se como verdadeiro modelo de negócios, criam um ecossistema de interação entre agentes empreendedores que viabiliza substanciais trocas econômicas.

Essas trocas, ao seu turno, consubstanciam-se por meio da colheita de dados pessoais dos usuários das referidas plataformas e, do mesmo modo, da expansão da utilização de produtos e objetos dotados de interfaces tecnológicas (smartwatches, termostatos informatizados, palmilhas inteligentes, etc) que os conectam com a internet e a outros dispositivos, otimizando o dia a dia de consumidores em ambiente doméstico e profissional.

É nesse espaço de inovação que Eduardo Magrani (2018) define a consolidação da chamada “Internet das Coisas”, globalmente referida pela sigla IoT (*Internet of Things*), como “[...] um ecossistema de computação onipresente [...] voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas [...]”. O que todas as definições de IoT têm em comum é que elas se concentram em objetos que interagem uns com os outros e processam informações/dados em um contexto de hiperconectividade”.

3. A INSUFICIÊNCIA DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E A NECESSIDADE DE RELEITURA DOGMÁTICA

Apesar de atrativo, todo esse cenário parece colocar em xeque a definição da privacidade balizada exclusivamente no paradigma da autodeterminação informativa (Doneda, 2006; Rodotà, 2008), que a compreende a partir do controle de dados e informações pessoais por cada sujeito – paradigma esse que, apesar de relevante, já se mostra insuficiente em face dos desafios contemporâneos (Waldman, 2018).

É necessário, portanto, ir além, justamente porque a privacidade expressa importante valor normativo se reconhecida como eixo para o exercício das liberdades, sendo o vetor de projeção e gênese dos direitos da personalidade na medida em que se reconhece que as expressões de nossa existência dela (da privacidade) surgem (Corrêa, 2024). E, se assim o é, a privacidade pode também servir como chave de configuração de um sistema normativo desinente de institutos correlacionados do Direito Civil que possam contribuir com os mecanismos de tutela da personalidade humana já encetados na ordem jurídica.

Tal leitura renovada da privacidade implica, a rigor, em uma compreensão mais aprofundada de sua estrutura e função, ensejando sua investigação dogmática de modo comprometido, a fim de prestar contributo à sua identificação na ordem jurídica brasileira.

Entretanto, ponderar sobre a dogmática da privacidade – ou mesmo da dogmática verticalizada a qualquer instituto ou espaço do Direito – contempla, por igual, trilhar uma senda desafiadora, isso porque, seja de modo isolado ou agregado a um objeto específico, refletir sobre a dogmática requer o estabelecimento de uma série de cautelas metodológicas.

Isso porque se afigura insustentável manter a salvaguarda da pessoa atrelada à ficção de que a vontade individual desarmada possa, por si só, conter a investida predatória das plataformas. Impõe-se, portanto, construir amarras conceituais objetivas no próprio Direito Civil, tarefa que reclama o resgate de um método dogmático consistente para alicerçar a privacidade como matriz originária da personalidade humana.

4. AS TAREFAS E ETAPAS DOGMÁTICAS NA RELEITURA DA PRIVACIDADE

Como bem pondera Eduardo Henrik Aubert (2022), apesar da definição geral da dogmática como o espaço da investigação de caráter científico no âmbito do

Direito, há conceitos outros que tornam plurivalente a estruturação conceitual de dogmática, isso de acordo com as ponderações vertidas por Gehard Struck que, em trabalho dedicado ao tema, revela um “desacordo” acerca dos posicionamentos sobre a definição de dogmática, encarando-a ora como um método, ora como um elemento de análise “pura” do Direito ou como passível de permeação da análise dos interesses concretos daqueles que sujeitam à ordem jurídica.

Sem prejuízo do referido debate, fato é que ponderar sobre a privacidade mirando o objetivo de oferecer sobre o tema uma leitura renovada e consentânea aos desafios complexos que o circundam enseja inevitavelmente uma reflexão dogmática acerca de sua compreensão e definição. E, neste ponto, a obra de Eduardo Henrik Aubert (2022) pode oferecer relevante contributo.

Partindo das teorizações de Larenz sobre dogmática, Aubert (2022) compreende (sem olvidar de seu aspecto plurivalente) a dogmática como um conjunto de procedimentos que estruturam o raciocínio jurídico, identificando, na obra do clássico autor referido, algumas tarefas inarredáveis a quem se proponha a refletir sobre a dogmática ou, ainda, a refletir dogmaticamente sobre determinado tema jurídico.

As tarefas são as de (i) interpretação do Direito; (ii) desenvolvimento do Direito e (iii) unitarização do material jurídico – sendo esta última, a rigor, a etapa dogmática propriamente dita, ao passo que as demais e precedentes denotariam um caráter claramente prático.

Levando em consideração tais etapas, e tendo em conta a realidade normativa da ordem jurídica brasileira, Aubert (2022) propõe a satisfação de algumas etapas àqueles que se propõem a analisar dogmaticamente determinado instituto jurídico.

A primeira delas é denominada de “fixação das premissas normativas”, premissas essas que, ao fim e ao cabo, corresponderiam aos dogmas que vincam o instituto objeto de estudo.

Neste ponto, a lógica de Savigny (a quem a interpretação poderia servir como a “extração do Direito) mostra-se relevante, na medida em que uma vez fixadas as premissas da reflexão pretendida é que se terá o estabelecimento claro de um ponto de partida para a ponderação vindoura, justamente porque restariam alicerçadas as bases de uma teoria eminentemente jurídica, porquanto fundada em premissas jurídicas que podem derivar diretamente da lei ou mesmo de princípios e valores do sistema jurídico em questão (Aubert, 2022).



Essa ancoragem preliminar assume papel crucial no rigor dogmático, na medida em que resguarda a investigação jurídica contra o risco de se quedar ao voluntarismo axiológico ou para soluções casuísticas desprovidas de sustentação no ordenamento positivo.

Ao delimitar com precisão os enunciados fundamentais e os princípios reitores que balizam o instituto - compreendidos não como postulados metafísicos abstratos, mas como pontos de partida formalmente positivados ou sistemicamente reconhecidos -, a fixação das premissas normativas confere estabilidade e controlabilidade racional ao raciocínio dogmático, erigindo o solo seguro a partir do qual as etapas subsequentes de desenvolvimento e integração poderão operar sem romper com a coerência e a integridade do sistema de Direito Privado

A segunda etapa, por conseguinte, é denominada de “desenvolvimento de inferências lógicas a partir das premissas normativas”. Trata-se de promover o desenvolvimento do conhecimento jurídico inerente ao instituto estudado dentro dos limites e possibilidades das premissas firmadas na etapa anterior.

De acordo com Aubert (2022), concentra-se nesta etapa o maior esforço de trabalho no âmbito da dogmática, pois é nele em que se pode “[...] ampliar a premissa de modo controlado”; ou seja, é neste momento em que o estudo dogmático permite o aprofundamento e desenvolvimento da compreensão normativa acerca do objeto da análise realizada. Tem-se, portanto, a possibilidade de explicitar de modo mais claro algo que já está implicitamente presente na composição normativa do instituto dogmaticamente analisado.

Por fim, a terceira e última etapa é denominada de “integração ordenada das inferências em um conjunto hierárquico de proposições normativas”. Neste momento derradeiro da análise, promove-se a ligação entre as premissas firmadas e desenvolvidas com as conclusões que poderão ser alcançadas a partir delas, isso de forma a respeitar as relações de subordinação hierárquica havida entre as premissas e suas conclusões.

Promove-se, neste momento, a ordenação necessária à sistematização do conhecimento consolidado por meio da reflexão dogmática promovida nas três etapas descritas, realizando-se uma ampliação do objeto de estudo sem descuidar dos limites impostos a ele pela realidade normativa, mas considerando, por igual, as possibilidades de desenvolvimento do conteúdo jurídico (Aubert, 2022).

5. A RELEITURA DOGMÁTICA DA PRIVACIDADE COMO VETOR DE LIBERDADES E GÊNESE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A MULTIFUNCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A TUTELA RESTITUTÓRIA PELO LUCRO ILÍCITO

Com efeito, tal rigoroso itinerário dogmático revela-se indispensável para cumprir o objetivo central desta reflexão: erigir uma renovada leitura da privacidade apta a forjar as amarras normativas estruturais - à semelhança da contenção necessária a Odisseu perante o canto sedutor das Sereias - capazes de salvaguardar a integridade e a autonomia existencial contra as investidas predatórias da economia movida a dados.

Quiçá, por meio das etapas enumeradas por Aubert (2022) em sua obra, seja viável, como dito anteriormente, reconhecer juridicamente o valor normativo expressado pela privacidade (premissa normativa firmada a partir do conteúdo inerente ao art. 1º, inciso III da Constituição Federal), ampliando-a como um eixo para o exercício das liberdades, na medida em que passa a ser o vetor de projeção e gênese dos direitos da personalidade ao passo em que se reconhece que as expressões de nossa existência dela (da privacidade) surgem (esforço correspondente à segunda etapa, de desenvolvimento das premissas firmadas).

A partir disso, poder-se-ia concluir em medida integrativa que a privacidade pode também servir como chave de configuração de um sistema normativo desinente de institutos correlacionados do Direito Civil que possam contribuir com os mecanismos de tutela da personalidade humana já encetados na ordem jurídica – satisfazendo, com isso, a etapa derradeira antes mencionada.

Tem-se, então, uma proposta de reflexão dogmática e metodológica da privacidade que a abre para um diálogo construtivo com outros setores da ordem jurídica brasileira, justamente ante a conclusão possivelmente obtida, como exposto acima, a partir da desenvolvimento das premissas normativas firmadas. Exemplo disso pode ser verificado no campo da Responsabilidade Civil.

É que esse viés abre espaço para uma compreensão renovada da Responsabilidade Civil e de seu contributo à proteção da privacidade como vetor de projeção dos direitos da personalidade e exercício de liberdades, justamente a partir do reconhecimento do traçado multifuncional que vem sendo a ela atrelada.

De plano, cumpre destacar que desde a primavera de 1988, a Responsabilidade Civil no Brasil tem sido objeto de crescentes modificações e

flexibilizações, inicialmente derivadas do giro conceitual que fixou na vítima do evento lesivo o foco de maior atenção.

Tais perspectivas redundam, inclusive, em alteração da nomenclatura do instituto, passando a ser encarado como “direito de danos” ou “responsabilidade por danos”. A perspectiva do giro paradigmático é espelhada com clareza na reflexão de Luiz Edson Fachin (2015, P. 113-114):

Situação que também emerge como exemplar é a imputação sem nexo de causalidade na responsabilidade por danos. [...] A imputação tem no centro a preocupação com a vítima; a imputação é a operação jurídica aplicada à reconstrução do nexo. Da complexidade e da incerteza nascem fatores inerentes à responsabilização por danos. É de alteridade e justiça social que deve se inebriar o nexo de causalidade, atento à formação das circunstâncias danosas.

Bem por isso é que Nelson Rosenvald (2012) afirma que a Responsabilidade Civil expressa contemporaneamente uma face multifuncional, envelopando funções de reparação, punição e precaução, acabando por se mostrar “[...] dúctil e maleável às exigências de um direito civil, comprometido com as potencialidades transformadoras da Constituição Federal.”

Esse traçado multifuncional da Responsabilidade Civil pode se mostrar útil ao desafio de tutela da personalidade humana inaugurado pela *data-driven economy* a partir do crescente interesse verificado na doutrina nacional para uma melhor compreensão sobre a restituição derivada de lucros ilícitos, corporificadas normativamente a partir de duas figuras oriundas do *common law*: o *disgorgement* (estruturado como a remoção dos lucros ilícitos) e o *restitutionary damages* (delineado com a restituição dos lucros ilícitos).

Em recente obra sobre o tema, Nelson Rosenvald (2019, P. 325-328) explica que a restituição pelo lucro ilícito é usualmente encarada por meio do modelo fragmentado erigido pelo instituto do enriquecimento sem causa, alicerçado no art. 884 do CC/2002.

Em um comparativo com o sistema normativo alemão, o autor sustenta que o instituto do enriquecimento sem causa pode funcionar como “[...] fonte de obrigações, apto a ocasionar o exercício da ação *in rem verso*” em hipóteses de enriquecimento obtido por fato injusto; enriquecimento pela frustração negocial indevida descrita no art. 885 do CC/2002; e o enriquecimento decorrente da prestação de terceiro, hipótese regulada pelo art. 305 do diploma material cível em vigor.

Adiante, é forçoso reconhecer que o modelo de restituição pelo lucro ilícito, se melhor explorado nos limites da Responsabilidade Civil brasileira, poderá servir como um mecanismo de tutela restitutória em face da apropriação indevida de dados pessoais por meio de plataformas digitais, aplicativos e dispositivos de IoT.

Ora, se mesmo com os escândalos de hackers e coleta não autorizada de dados pessoais o Facebook arrecadou lucro recorde no último trimestre de 2018, alcançando a cifra de US\$ 6.800.000.000,00 (seis bilhões e oitocentos milhões de dólares), a restituição pelo lucro ilícito poderia ser compreendido como uma contribuição adequada da Responsabilidade Civil (i) ao desestímulo gradual da continuidade da atual tecnorregulação da coleta de dados pessoais e (ii) à possível restituição e consequente tutela concreta da privacidade erodida pelas plataformas digitais que protagonizam a atual economia movida a dados.

Neste ponto, é necessário sublinhar que o dano caracterizado pelas plataformas digitais possui feições singulares no âmbito da *data-driven economy*.

Ainda que a captura e processamento incessante e não autorizados de dados pessoais atinja interesses juridicamente tutelados, como bem categoriza Anderson Schreiber ao tratar da definição jurídica de dano (2013), verificados na personalidade humana e privacidade, a mera eficácia indenizativa do ato ilícito não se mostra, a rigor, adequado ao propósito de uma tutela e reparação efetivas. Há que se melhor investigar a projeção da eficácia restitutória derivada dos atos ilícitos praticados em tal âmbito, justamente para que se alcance o contributo acima assinalado.

Ponderando sobre a definição de civilização vertida por Mario Vargas Llosa e a tutela da propriedade imaterial, Nelson Rosenvald (2019) afirma hipótese que bem se amolda ao cenário da *data-driven economy*: a ampliação incalculável de possibilidade de novas violações aos direitos da personalidade e o estabelecimento de lucros consideráveis a partir dessas condutas ilícitas. Em suas palavras (Rosenvald, 2019, p. 437-438):

A par de todas estas vicissitudes – inerentes à civilização do espetáculo –, comparados aos direitos das propriedades intelectuais, vê-se que os direitos da personalidade apresentam similar necessidade de tutela. Um infinito número de violações é possível, não existe tutela preventiva efetiva e a proteção oferecida pelo direito penal é insuficiente. Ademais da consolidada reparação do dano moral, o resguardo de situações existenciais pode ser implementado por tutelas inibitórias e pretensões desmonetizadas, como retratações e direito de resposta. Todavia, esses remédios são inadequados para levar em consideração o alto nível de proteção que estes direitos demandam. Além disso, consideráveis lucros podem ser produzidos pela

violação de atributos intrínsecos à pessoa, em quantias muito superiores aos danos estimados, especialmente pela inerente dificuldade de sua avaliação. Essa combinação de fatores, torna atrativa sob o cálculo matemático a reiteração dessas violações [...]

Assim, no estabelecimento da Responsabilidade Civil inserta no sistema normativo fundado na privacidade e esteado no Direito Civil, mostra-se possível identificar na investigação comprometida do instituto estabelecido no art. 884 do CC/2002 a trilha de contributo que possa nos levar ao estabelecimento concreto da restituição do lucro derivado de práticas ilícitas aos titulares dos dados pessoais que tiveram sua privacidade, em sentido além da autodeterminação informativa, erodida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste itinerário reflexivo, resta evidenciado que o enfrentamento dos complexos desafios deflagrados pela economia movida a dados (*data-driven economy*) e pela hiperconectividade da Internet das Coisas (IoT) reclama muito mais do que ajustes procedimentais periféricos: exige o resgate da densidade conceitual do Direito Civil.

A crença ingênua de que a pessoa humana possa, isoladamente, resistir à opacidade dos algoritmos e à captura predatória de sua subjetividade revelou a exaustão do modelo liberal da autodeterminação informativa baseada no consentimento formal.

É nesse ponto que a alegoria homérica vertida como forma de convite reflexivo lançado nas considerações introdutórias encerra o seu ciclo de significado.

Diante da melodia sedutora das Sereias contemporâneas - corporificada na gratuidade aparente, nas facilidades hiperconectadas e na comodidade dos serviços digitais -, não basta apelar para a débil vontade individual de cada sujeito.

A travessia segura pelas águas da inovação tecnológica exige a solidez de amarras heterônomas cogentes. A releitura dogmática da privacidade, alicerçada como vetor axiológico originário e matriz de gênese dos direitos da personalidade, assume a função precisa das cordas que ataram Odisseu ao mastro da nau: institui uma barreira normativa de ordem pública contra a mercantilização da existência, que não transfere à vítima o ônus insuportável de resistir à sedução técnica.

Para que essas amarras operem com eficácia no plano prático, a responsabilidade civil deve afirmar a sua vocação multifuncional.

A tutela ressarcitória tradicional, restrita à recomposição do dano patrimonial ou à mitigação do dano moral, mostra-se inidônea perante a racionalidade algorítmica, cujo cálculo matemático assimila a indenização pontual como mero custo operacional (*cost of doing business*).

Faz-se imperativo acionar a eficácia restitutória albergada no instituto do enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil), operacionalizando a remoção integral do lucro ilícito (*disgorgement / restitutionary damages*) para neutralizar o incentivo econômico da exploração clandestina de dados.

Sintetizando os resultados alcançados ao longo da presente investigação, e na esteira da melhor tradição dogmática articulada, formulam-se as seguintes proposições conclusivas:

1. Da insuficiência da autodeterminação meramente formal: O paradigma clássico do controle individual sobre o fluxo de dados pessoais mostra-se estruturalmente incapaz de responder às assimetrias informacionais do capitalismo de vigilância, impondo a superação da ficção do consentimento desarmado.

2. Da imperatividade do método dogmático tripartite: A construção de respostas jurídicas sólidas para as novas tecnologias reclama a observância estrita das etapas dogmáticas - fixação de premissas normativas, desenvolvimento de inferências lógicas e integração hierárquica -, assegurando a estabilidade e a controlabilidade racional do sistema de Direito Privado.

3. Da privacidade como matriz gênica da personalidade: Fundada na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), a privacidade ultrapassa o direito de ser deixado só (*right to be let alone*) e a gestão de dados para se consolidar como o *locus* originário e o vetor de projeção de todas as liberdades existenciais.

4. Da multifuncionalidade da responsabilidade civil contemporânea: A tutela dos direitos da personalidade na era digital exige a superação da lógica exclusivamente reparatória, convocando as funções preventiva, punitiva e, fundamentalmente, restitutória da responsabilidade civil.

5. Da tutela restitutória pelo lucro ilícito: As ferramentas restitutórias acima mencionadas podem atuar como remédio desmonetizador e dissuasório por excelência contra a coleta ilegítima de dados, ao impor a extração do lucro indevido obtido pelas plataformas digitais e restabelecer a primazia existencial da pessoa sobre o cálculo econômico predatório.



Eis, em suma, o papel emancipatório que o Direito Civil é chamado a desempenhar: fornecer as balizas dogmáticas e os instrumentos de tutela que garantam que a técnica permaneça a serviço do desenvolvimento da personalidade humana, e nunca o inverso.



REFERÊNCIAS

AUBERT, Eduardo Henrik. **Ensaio sobre a Dogmática Jurídica** [Livro Eletrônico]. São Paulo: Almedina, 2022.

CORRÊA, Rafael. Os plúrimos sentidos da privacidade e sua tutela: a questão da proteção de dados pessoais e sua violação na atual construção jurisprudencial brasileira. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (coords.). **Jurisprudência Civil Brasileira: Métodos e problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **As Dimensões da Privacidade: Uma proposta à superação da autodeterminação informativa e à estruturação do perfil restitutório da Responsabilidade Civil**. Tese de Doutorado defendida perante a Universidade Federal do Paraná. Ano: 2024. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/handle/1884/94627>>.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: Sentido, transformação e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coords.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução de Frederico Lourenço. Lisboa: Quetzal, 2018.

MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas** [Livro Eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**: Repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: A reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSENVALD, Nelson. **A Responsabilidade Civil pelo Ilícito Lucrativo: O disgorgement e a indenização restitutória**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

WAHLSTER, Wolfgang et al. (eds.). **New Horizons for a Data-Driven Economy: Roadmap for usage and exploitation of Big Data in Europe** [Livro Eletrônico]. Cham: Springer International Publishing, 2016.



WALDMAN, Ari Ezra. **Privacy as Trust: Information privacy for an information age** [Livro Eletrônico]. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The fight for a human future at the new frontier of Power** [Livro Eletrônico]. New York: PublicAffairs, 2019.



A RESSIGNIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL COMO INSTRUMENTO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE RESIGNIFICATION OF CIVIL REGISTRATION AS AN INSTRUMENT OF HUMAN DIGNITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT

Fernanda Rodrigues Lagares¹

Resumo: O artigo analisa a resignificação do Registro Civil das Pessoas Naturais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz da dignidade da pessoa humana. Adota-se método jurídico-dogmático, abordagem qualitativa e análise de precedentes relacionados à gratuidade registral, filiação e identidade de gênero. O exame da ADI nº 1.800, da ADC nº 5, dos RE nº 708.130 e nº 898.060/SC, da ADI nº 4.275/DF e do RE nº 670.422/RS revela que as funções tradicionais do registro civil não são afastadas, mas reinterpretadas em conexão com a cidadania, a identidade, os vínculos familiares, a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade. Sustenta-se, a partir dessa convergência jurisprudencial, a existência de uma função constitucional de reconhecimento institucional da pessoa, compreendida como categoria analítica que expressa o papel do registro na projeção jurídica de aspectos da existência pessoal e relacional protegidos pela ordem constitucional.

Palavras-chave: Registro Civil das Pessoas Naturais. Dignidade da pessoa humana. Reconhecimento institucional. Identidade. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This paper analyzes the resignification of the Natural Persons Civil Registry in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court in light of human dignity. It adopts a legal-dogmatic method, a qualitative approach, and an analysis of precedents related to free civil registration, filiation, and gender identity. The examination of ADI No. 1,800, ADC No. 5, RE No. 708,130, RE No. 898,060/SC, ADI No. 4,275/DF, and RE No. 670,422/RS reveals that the traditional functions of civil registration are not dismissed, but reinterpreted in connection with citizenship, identity, family ties, autonomy, and free development of personality. Based on this jurisprudential convergence, this paper argues for the existence of a constitutional function of institutional recognition of the person, understood as an analytical category expressing the role of registration in the legal projection of personal and relational existence aspects protected by the constitutional order.

Keywords: Natural Persons Civil Registry. Human dignity. Institutional recognition. Identity. Brazilian Supreme Federal Court.

¹ Mestra em Estudos de Cultura e Território pela Universidade Federal do Tocantins, especialista em Direito Público e Didática do Ensino Superior, e analista judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. E-mail: fernanda.rlagares@gmail.com

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, constitui fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito e vetor de interpretação e concretização dos direitos fundamentais. Para além de seu conteúdo ontológico, relacionado ao valor intrínseco reconhecido a todo ser humano, a dignidade apresenta também dimensões relacional e histórica: realiza-se nas relações de reconhecimento recíproco e institucional e, simultaneamente, desenvolve-se como conceito aberto, cujo conteúdo se adensa à medida que o ordenamento jurídico amplia as formas de proteção da pessoa (Sarlet, 2017).

Essa compreensão permite estabelecer uma relação particular entre dignidade e Registro Civil das Pessoas Naturais. Embora a personalidade civil decorra do nascimento com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil, é pelo registro que elementos essenciais da identidade, como nome, filiação e estado civil, passam a ser formalmente reconhecidos e oponíveis perante o Estado e a coletividade. O registro não cria a pessoa, mas institucionaliza aspectos fundamentais de sua existência jurídica, tornando possível sua identificação e o exercício concreto de direitos.

Tradicionalmente, a disciplina dos registros públicos esteve associada especialmente à publicidade e à segurança das relações jurídicas. A própria Lei nº 6.015/1973 estabelece, em seu art. 1º, que os serviços registrais se destinam a assegurar a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (Brasil, 1973). No âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, entretanto, a Constituição de 1988 e o desenvolvimento posterior da legislação, da doutrina e da jurisprudência evidenciam que tais funções não esgotam o significado constitucional do instituto. O registro também se relaciona diretamente à cidadania, à identidade, à filiação, à autonomia e ao reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos.

Essa transformação pode ser observada de maneira particularmente expressiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em diferentes contextos, a Corte foi chamada a decidir questões que alcançam diretamente o registro civil: a constitucionalidade da gratuidade dos registros de nascimento e de óbito para pessoas reconhecidamente pobres; a possibilidade de coexistência de vínculos de filiação biológica e socioafetiva; e o direito de pessoas transgênero à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil independentemente de cirurgia de redesignação sexual. Embora distintos quanto ao objeto imediato, esses

julgamentos permitem indagar se existe entre eles um movimento interpretativo comum.

Diante disso, o presente artigo busca responder ao seguinte problema: em que medida a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a ressignificação do Registro Civil das Pessoas Naturais, de instituto tradicionalmente associado à publicidade e à segurança jurídica para instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana e de reconhecimento institucional da pessoa?

Parte-se da hipótese de que os precedentes selecionados revelam uma ampliação da compreensão funcional do registro civil. Sem afastar suas finalidades tradicionais, a jurisprudência constitucional passa a concebê-lo também como espaço de concretização de direitos fundamentais, no qual o Estado reconhece juridicamente aspectos essenciais da existência individual e relacional da pessoa. Propõe-se, nesse sentido, identificar uma função constitucional de reconhecimento institucional do registro civil, manifestada de formas distintas na garantia de acesso ao registro, no reconhecimento dos vínculos familiares e na tutela da identidade e da autonomia pessoal.

A pesquisa adota método jurídico-dogmático, abordagem qualitativa e caráter analítico-argumentativo, mediante exame da legislação, da doutrina e de precedentes paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, especialmente a ADI nº 1.800 em conjunto com a ADC 5, o RE nº 898.060 (Tema 622) em conjunto com o RE 708.130 e a ADI nº 4.275 em diálogo com o RE nº 670.422 (Tema 761). Inicialmente, serão examinadas as relações entre dignidade, identidade e reconhecimento institucional, bem como as funções tradicionalmente atribuídas ao registro civil. Em seguida, serão analisados os julgados selecionados para, ao final, verificar se deles pode ser extraída uma compreensão constitucional do Registro Civil das Pessoas Naturais que ultrapasse sua função meramente documental e o situe também como instrumento de reconhecimento e concretização da dignidade humana.

A opção pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como corpus principal decorre do objeto constitucional da investigação, voltado à identificação de uma possível ressignificação do registro civil à luz da dignidade da pessoa humana.

1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E RECONHECIMENTO INSTITUCIONAL DA IDENTIDADE

Para os fins deste estudo, interessa especialmente a compreensão multidimensional da dignidade desenvolvida por Ingo Wolfgang Sarlet. A análise parte de uma dimensão ontológica, relacionada ao valor próprio e inerente à condição humana, mas não se esgota nela. A dignidade também apresenta dimensões relacional e histórico-cultural, cuja articulação permite compreender de que modo um valor inerente à pessoa se projeta nas relações sociais, nas instituições e no próprio desenvolvimento do ordenamento jurídico.

A dimensão ontológica exprime a ideia de que a dignidade não é atribuída pelo Estado nem depende da posição social, econômica ou jurídica do indivíduo. Está vinculada à própria condição humana e ao reconhecimento de que cada pessoa possui valor intrínseco, independentemente de atributos externos ou de reconhecimento social ou institucional (Sarlet, 2017).

Essa dimensão é especialmente relevante para o registro civil porque permite estabelecer uma primeira distinção fundamental: a existência da pessoa e sua dignidade antecedem o reconhecimento registral. A personalidade civil começa com o nascimento com vida, conforme dispõe o art. 2º do Código Civil, e não com a lavratura do assento. O registro, portanto, não cria a pessoa, nem constitui a fonte de sua dignidade. Sua relevância situa-se em outro plano: é por meio dele que elementos essenciais da identidade civil passam a adquirir expressão formal e operabilidade perante o Estado e terceiros. O registro de nascimento possui, assim, eficácia declaratória quanto à existência da pessoa e desempenha função de formalização e projeção institucional de sua identidade jurídica, viabilizando sua identificação e o exercício concreto de direitos.

É justamente nesse ponto que a dimensão relacional da dignidade se revela particularmente importante para a presente investigação. Sarlet, dialogando com Jürgen Habermas, ressalta que a dignidade deve ser compreendida em contexto de intersubjetividade. Habermas associa sua intangibilidade às relações humanas marcadas pela consideração e pelo respeito recíprocos, de modo que a pessoa se afirma também no espaço público das relações sociais. Sarlet acrescenta que essa perspectiva conduz a uma compreensão relacional e comunicativa da dignidade, na qual o indivíduo não pode ser considerado de forma isolada das relações de

reconhecimento que estruturam sua inserção social e jurídica (Habermas, 2001, p. 65, *apud* Sarlet, 2017, p. 21).

O reconhecimento, nesse sentido, não atribui dignidade à pessoa, mas constitui uma das formas pelas quais ela se torna efetiva no plano social e institucional. Uma pessoa pode possuir dignidade em sentido ontológico e, ao mesmo tempo, experimentar situações concretas de invisibilidade, exclusão ou negação de sua identidade pelas instituições. A proteção jurídica da dignidade exige, portanto, mais do que a afirmação abstrata do valor humano: pressupõe estruturas que reconheçam o indivíduo como sujeito de direitos e possibilitem sua participação nas relações jurídicas e sociais.

O Registro Civil das Pessoas Naturais ocupa posição singular nesse processo. Ao documentar nome, filiação e outros elementos do estado da pessoa, ele institucionaliza aspectos essenciais de sua identidade e permite seu reconhecimento perante o Estado e a coletividade. Como observam Calixto e Parente (2017), embora a personalidade decorra do nascimento, sua existência necessita ser formalizada registralmente para que o indivíduo seja reconhecido juridicamente e possa exercer, de modo efetivo, os direitos decorrentes dessa condição. A ausência de registro produz, nesse aspecto, uma dissociação entre existência humana e reconhecimento institucional: a pessoa existe concretamente, estabelece vínculos sociais e afetivos, mas pode permanecer invisível para estruturas jurídicas que dependem da identificação formal.

A dimensão histórica da dignidade acrescenta um terceiro elemento à análise. Sarlet, apoiando-se na construção de Peter Häberle, assinala que a dignidade possui também sentido histórico-cultural, sendo produto do trabalho de gerações e da evolução das formas de proteção jurídica da pessoa. Häberle não abandona a existência de um núcleo inerente e universal da dignidade, mas reconhece que suas exigências concretas se desenvolvem no interior de determinados contextos históricos e culturais (Häberle, 1987, *apud* Sarlet, 2017, p. 62).

É precisamente essa dimensão que interessa à noção de ressignificação adotada neste artigo. O Registro Civil das Pessoas Naturais foi historicamente estruturado para conferir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia a fatos e atos juridicamente relevantes. Essas funções permanecem essenciais. Contudo, a centralidade constitucional da pessoa humana permite questionar se elas ainda esgotam o significado jurídico do instituto. Se a própria dignidade é concretizada

historicamente e se sua dimensão relacional exige formas institucionais de reconhecimento, o registro civil pode ser examinado também a partir da capacidade de reconhecer juridicamente aspectos da identidade e das relações existenciais da pessoa.

As três dimensões, portanto, não constituem apenas uma classificação teórica, mas fornecem uma chave de leitura para a investigação proposta. A dimensão ontológica esclarece que a dignidade e a condição humana não são criadas pelo registro; a dimensão relacional evidencia que sua concretização depende também de processos sociais e institucionais de reconhecimento; e a dimensão histórica permite compreender a transformação das formas jurídicas por meio das quais esse reconhecimento se realiza.

Nessa perspectiva, a hipótese de uma função de reconhecimento institucional do registro civil não pressupõe substituir suas finalidades tradicionais nem converter o assento registral em fonte da dignidade humana. Trata-se, antes, de investigar se, ao lado das funções de publicidade, autenticidade, segurança e eficácia, a ordem constitucional passou a exigir que o registro responda também à necessidade de reconhecimento jurídico de elementos essenciais da identidade, da autonomia e das relações pessoais. Para verificar essa possível ampliação funcional, é necessário, antes da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, delimitar o modelo tradicional do registro civil e identificar as transformações introduzidas pela Constituição de 1988.

2. DAS FUNÇÕES TRADICIONAIS DO REGISTRO CIVIL À ABERTURA CONSTITUCIONAL PARA A CIDADANIA

A compreensão da ressignificação constitucional do Registro Civil das Pessoas Naturais pressupõe, inicialmente, a delimitação das funções que tradicionalmente justificam a existência do sistema registral. Inserido no gênero dos registros públicos, o RCPN está submetido à disciplina da Lei nº 6.015/1973, cujo art. 1º estabelece que os serviços concernentes aos registros públicos se destinam a assegurar autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos (Brasil, 1973). A publicidade, embora não conste literalmente da redação desse dispositivo, integra a lógica própria do sistema registral, na medida em que o registro torna cognoscíveis situações jurídicas relevantes e possibilita que seus efeitos sejam considerados nas relações entre particulares e perante o Estado.



No âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, essa função assume contornos particulares, pois o objeto da atividade registral são fatos e situações diretamente relacionados ao estado da pessoa. O art. 9º do Código Civil determina o registro público dos nascimentos, casamentos e óbitos, bem como da emancipação, da interdição, da ausência e da morte presumida, enquanto o art. 10 prevê a averbação de modificações posteriores do estado civil (Brasil, 2002). O sistema registral, portanto, organiza e confere estabilidade documental a acontecimentos que individualizam a pessoa e produzem consequências jurídicas ao longo de sua existência.

A publicidade registral não se reduz, nessa perspectiva, à possibilidade material de consulta aos assentos. Ela permite que determinadas qualidades e situações jurídicas da pessoa sejam conhecidas, comprovadas e consideradas nas relações sociais. Loureiro (2017) ressalta a relevância da certidão de nascimento para a constatação das qualidades pessoais, precisamente em razão da prova das situações jurídicas e da publicidade que lhes assegura oponibilidade. Calixto e Parente (2017), por sua vez, associam a publicidade à confiança social depositada no sistema registral, permitindo que a identidade civil seja reconhecida e verificada pela coletividade.

Ao lado da publicidade, a segurança jurídica constitui finalidade expressamente reconhecida pela Lei de Registros Públicos. A atividade registral estabiliza informações juridicamente relevantes, reduz incertezas e oferece meios qualificados de prova dos fatos documentados. Essa dimensão também encontra apoio no Código Civil. Seu art. 217 atribui aos traslados e às certidões extraídos por tabelião ou oficial de registro a mesma força probante dos instrumentos ou documentos lançados em suas notas, enquanto o art. 221 evidencia, em matéria de instrumentos particulares, a relevância do registro para a produção de efeitos perante terceiros (Brasil, 2002). Tais dispositivos, embora não se refiram exclusivamente ao Registro Civil das Pessoas Naturais, revelam a função geral desempenhada pelo registro na produção de confiança, prova e segurança nas relações jurídicas.

Publicidade e segurança jurídica apresentam, portanto, relação estreita. A primeira torna cognoscível determinada situação; a segunda contribui para sua estabilidade e confiabilidade. No campo do estado civil, essa conjugação é particularmente relevante porque nome, filiação, nascimento, casamento, óbito e demais circunstâncias registráveis não interessam apenas à esfera individual, mas



repercutem nas relações familiares, sucessórias e sociais. Como observa Bertini Júnior (2018), os estados pessoais correspondem a posições ocupadas pelo indivíduo na vida social e, em razão de suas repercussões jurídicas, precisam ser conhecidos, finalidade para a qual publicidade e segurança registral desempenham papel essencial.

Essas funções tradicionais, entretanto, não esgotam a significação contemporânea do Registro Civil das Pessoas Naturais. A Constituição Federal de 1988 introduz elemento decisivo para sua releitura ao inserir no catálogo dos direitos e garantias fundamentais a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito para os reconhecidamente pobres, na forma da lei, conforme dispõe o art. 5º, LXXVI. Logo em seguida, o inciso LXXVII estabelece a gratuidade, na forma da lei, dos atos necessários ao exercício da cidadania (Brasil, 1988). A localização sistemática dessas disposições no art. 5º permite aproximar o acesso ao registro da própria efetividade dos direitos fundamentais e da cidadania.

A opção constitucional ganha maior densidade com a Lei nº 9.534/1997, que ampliou o regime de gratuidade dos atos relacionados ao nascimento e ao óbito. No plano material, a remoção de barreiras econômicas ao ingresso no sistema registral revela que a identificação civil não pode ser compreendida apenas como interesse administrativo do Estado ou como instrumento de segurança das relações privadas. O acesso ao registro constitui pressuposto para a obtenção de documentos e para o exercício de uma série de posições jurídicas relacionadas à identidade, à educação, à saúde, ao trabalho, à proteção social e à participação política. É nesse sentido que Vasconcelos (2021) associa o registro civil de nascimento ao exercício da cidadania, enquanto Pancioni (2017) destaca a gratuidade como instrumento de inclusão material dos grupos em situação de vulnerabilidade.

Essa abertura constitucional dialoga diretamente com as dimensões da dignidade examinadas anteriormente. A dimensão ontológica impede que a possibilidade de reconhecimento jurídico da pessoa seja condicionada à sua situação econômica; a dimensão relacional evidencia que o registro constitui meio institucional por intermédio do qual elementos da identidade se tornam reconhecíveis perante o Estado e a coletividade; e a dimensão histórica permite perceber que as funções do instituto não permanecem imunes à transformação do próprio sistema constitucional. Nesse percurso, publicidade e segurança jurídica não desaparecem, mas passam a coexistir com exigências de inclusão, identidade e cidadania.

A compreensão contemporânea do registro civil também encontra correspondência no plano internacional. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, adotada pela Organização das Nações Unidas em 2015, estabelece, no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16, a meta 16.9: assegurar, até 2030, identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento (Organização das Nações Unidas, 2015). A meta vincula a identificação jurídica da pessoa à construção de instituições inclusivas e ao acesso a direitos, reforçando a compreensão de que o registro de nascimento ultrapassa uma finalidade meramente documental.

A constitucionalização do registro civil pode ser compreendida, assim, não como ruptura com suas finalidades tradicionais, mas como ampliação de seu horizonte funcional. Publicidade, autenticidade, segurança e eficácia continuam a estruturar juridicamente a atividade registral; a Constituição, porém, acrescenta uma perspectiva centrada no acesso, na cidadania e na efetivação de direitos fundamentais. Essa abertura normativa constitui o pressuposto para investigar se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aprofundou tal movimento, atribuindo ao registro civil funções relacionadas ao reconhecimento da filiação, da identidade e da autonomia da pessoa.

3. GRATUIDADE E CIDADANIA: A ADI 1.800 E A ADC 5

Um primeiro marco relevante para a compreensão constitucional do Registro Civil das Pessoas Naturais encontra-se no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800/DF e da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 5/DF. Embora propostas em sentidos opostos, as duas ações tinham por objeto a disciplina introduzida pela Lei nº 9.534/1997 e permitiram ao Supremo Tribunal Federal enfrentar diretamente a relação entre gratuidade dos atos registrares, natureza pública da atividade delegada e exercício da cidadania.

A Lei nº 9.534/1997 alterou, entre outros dispositivos, o art. 30 da Lei nº 6.015/1973 e o art. 45 da Lei nº 8.935/1994, estabelecendo a gratuidade dos assentos de nascimento e de óbito e das respectivas primeiras certidões, além de assegurar aos reconhecidamente pobres isenção quanto às demais certidões extraídas pelo Registro Civil. Também incluiu, entre os atos necessários ao exercício da cidadania previstos na Lei nº 9.265/1996, o registro civil de nascimento, o assento de óbito e a primeira certidão respectiva (Brasil, 1997).

Na ADI nº 1.800, ajuizada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, questionava-se a constitucionalidade dessa disciplina, especialmente em razão do regime de exercício privado da atividade notarial e registral e dos reflexos da gratuidade sobre a percepção de emolumentos. Sustentava-se, em síntese, que a imposição legal de atos gratuitos representaria intervenção indevida na atividade exercida pelos delegatários e poderia comprometer sua sustentabilidade econômico-financeira (Brasil, 2007b).

A ADC nº 5 apresentava a controvérsia sob perspectiva complementar. Proposta pelo Procurador-Geral da República, por provocação do Ministro da Justiça e do Secretário Nacional de Direitos Humanos, buscava superar a situação de incerteza jurídica provocada por decisões judiciais que vinham afastando ou restringindo a incidência da Lei nº 9.534/1997 em diferentes Estados. A própria petição inicial, conforme registrado no relatório, apoiava-se na importância dos atos de nascimento e óbito para o exercício da cidadania e requeria pronunciamento do Supremo Tribunal Federal com eficácia contra todos e efeito vinculante (Brasil, 2007a).

Esse contexto é relevante porque demonstra que a controvérsia não se limitava à remuneração dos delegatários. Estava em discussão a própria possibilidade de o Estado remover obstáculos econômicos ao acesso a atos registrares considerados essenciais à inserção jurídica do indivíduo.

No voto proferido na ADC nº 5, o Ministro Nelson Jobim adotou como primeira premissa a afirmação de que “os atos relativos ao nascimento e ao óbito estão na base da cidadania e do seu exercício” (Brasil, 2007a, p. 8). A formulação é particularmente significativa para a perspectiva desenvolvida neste artigo. O registro deixa de aparecer apenas como técnica destinada à documentação e à segurança das relações jurídicas e passa a ser compreendido em função da posição que ocupa na relação entre a pessoa, o Estado e o exercício de direitos.

A mesma orientação já havia sido desenvolvida pelo Ministro na ADI nº 1.800, ao formular como questão central do julgamento se o registro de nascimento, o assento de óbito e as respectivas primeiras certidões constituíam atos relacionados à cidadania. A resposta afirmativa foi articulada ao art. 5º, LXXVII, da Constituição, que assegura, na forma da lei, a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (Brasil, 2007b).

Na retomada do julgamento da ADI nº 1.800, o Ministro Ricardo Lewandowski, redator para o acórdão, acrescentou à discussão a perspectiva da proporcionalidade. Reconheceu que a atividade notarial e registral, embora exercida em caráter privado, submete-se a regime de direito público, e ponderou a preservação da atividade delegada com o dever de proteção dos economicamente hipossuficientes, especialmente no que se refere aos direitos de cidadania (Brasil, 2007b, p. 126-130).

A passagem assume especial relevância quando o Ministro observa que nascimento e morte constituem fatos naturais que atingem indistintamente ricos e pobres, embora suas consequências econômicas e sociais sejam desigualmente distribuídas. A legislação impugnada buscava justamente reduzir essa desigualdade em dois momentos fundamentais da existência civil, de modo a possibilitar o exercício dos direitos de cidadania independentemente da situação patrimonial do indivíduo (Brasil, 2007b, p. 129-130).

Na ADC nº 5, Lewandowski expressamente consignou que seu objeto era idêntico ao da ADI nº 1.800 e, por essa razão, reiterou os fundamentos do voto proferido naquele processo (Brasil, 2007a, p. 12). Os dois julgamentos devem, portanto, ser compreendidos conjuntamente: a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade e a procedência da ação declaratória consolidaram, sob perspectivas processuais complementares, a constitucionalidade da disciplina legal da gratuidade.

Também o Ministro Cezar Peluso qualificou o registro de nascimento e o assento de óbito como atos fundamentais ao exercício da cidadania, ressaltando que a garantia prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição não impediria o legislador de ampliar a proteção. Mesmo a divergência apresentada pelo Ministro Marco Aurélio preservou esse núcleo comum: embora entendesse que a gratuidade deveria restringir-se aos reconhecidamente pobres, afirmou expressamente a indispensabilidade do registro de nascimento para o exercício da cidadania. A divergência incidiu, portanto, sobre a extensão subjetiva do benefício, e não sobre a centralidade do ato registral para o cidadão (Brasil, 2007b, p. 134-138; Brasil, 2007a, p. 13-17).

Ao final, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a ADI nº 1.800 e procedente a ADC nº 5, vencido parcialmente o Ministro Marco Aurélio. A ementa da ADC registra expressamente, entre os elementos caracterizadores da

controvérsia, os “atos relacionados ao exercício da cidadania”, a gratuidade e a ausência de violação ao princípio da proporcionalidade (Brasil, 2007a).

A relevância dos julgamentos ultrapassa a validação constitucional de um regime de gratuidade: o aspecto mais significativo está na qualificação funcional atribuída aos próprios atos registrais. Ao afirmar que nascimento e óbito se encontram na base da cidadania e de seu exercício, o Supremo desloca o registro de uma compreensão centrada exclusivamente na documentação, publicidade e segurança dos estados pessoais para uma perspectiva em que o acesso à instituição registral constitui pressuposto para a participação jurídica do indivíduo.

Essa leitura exige, contudo, uma delimitação. O Supremo não utiliza, nesses julgamentos, a categoria de “reconhecimento institucional” ora desenvolvida, mas afirma a vinculação entre determinados atos registrais e o exercício da cidadania. À luz da dimensão relacional da dignidade, essa vinculação permite compreender o acesso ao registro como condição institucional para que a pessoa exerça direitos e seja juridicamente reconhecida perante o Estado e a sociedade.

A ADI nº 1.800 e a ADC nº 5 constituem, assim, um primeiro momento do percurso jurisprudencial examinado neste artigo. Não se identifica ainda, nesses julgados, uma formulação abrangente acerca da identidade ou da autonomia individual, que ganhará maior evidência em precedentes posteriores. Há, porém, um passo constitucional decisivo: o acesso ao registro civil é retirado de uma perspectiva exclusivamente patrimonial ou burocrática e situado pelo Supremo Tribunal Federal no campo do exercício da cidadania. Essa premissa oferece ponto de partida para verificar se, em julgamentos posteriores, o Registro Civil das Pessoas Naturais passa a desempenhar também papel de reconhecimento jurídico das relações familiares e da própria identidade pessoal.

4. FILIAÇÃO E TUTELA REGISTRAL DA IDENTIDADE FAMILIAR: O RE 708.130 E O RE 898.060 (TEMA 622)

A relação entre registro civil, filiação e dignidade da pessoa humana pode ser observada de forma particularmente expressiva em dois julgados do Supremo Tribunal Federal: o RE nº 708.130 e o RE nº 898.060/SC, este último apreciado sob o regime da repercussão geral. Embora distintos quanto ao objeto imediato e à força precedencial, os casos revelam movimentos convergentes no tratamento constitucional da filiação: de um lado, a proteção de um vínculo já incorporado ao

registro civil; de outro, a admissão de que a filiação juridicamente reconhecida pode ser plural e acolher simultaneamente vínculos de natureza biológica e socioafetiva.

No RE nº 708.130, discutia-se a possibilidade de filhos havidos na constância do casamento questionarem o registro de nascimento de outro filho, havido fora dessa relação, sendo que o próprio pai havia realizado a declaração registral e já se encontrava falecido. A controvérsia chegou ao Supremo após decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a legitimidade dos supostos irmãos para ajuizar ação declaratória de inexistência de filiação cumulada com anulação do registro.

Ao apreciar o recurso extraordinário, o Ministro Ricardo Lewandowski deu-lhe provimento, entendendo que a possibilidade de cancelamento daquele registro, nas circunstâncias do caso, ofenderia a dignidade da pessoa humana. A decisão inseriu a controvérsia em uma linha jurisprudencial mais ampla do Supremo relativa à filiação, à igualdade entre os filhos e à paternidade responsável (Brasil, 2014).

Para fundamentar sua conclusão, Lewandowski reportou-se ao RE nº 363.889/DF, em que o Plenário havia ressaltado a centralidade da dignidade humana e da paternidade responsável nas controvérsias relativas à filiação. Destacou, a partir desse precedente, que a Constituição de 1988 afastou distinções discriminatórias entre filhos e consagrou a igualdade das relações de filiação e a paternidade responsável como vetores interpretativos (Brasil, 2014).

A decisão também recuperou a orientação firmada no RE nº 248.869/SP, destacando o estado de filiação como direito indisponível e a vinculação do direito ao nome à dignidade da pessoa humana. A partir desse precedente, ressaltou-se que o nome traduz elementos da identidade, da ancestralidade e do reconhecimento familiar (Brasil, 2014).

Desse encadeamento jurisprudencial emerge uma compreensão mais ampla do significado do registro de nascimento. O assento deixa de ser visto apenas como suporte probatório de um dado biológico e passa a concentrar elementos centrais da identidade jurídica e familiar da pessoa, especialmente nome, filiação, ancestralidade e pertencimento familiar.

Ao concluir que a desconstituição do registro, nas circunstâncias concretas, ofenderia a dignidade da pessoa humana, a decisão atribui relevância constitucional à estabilidade de um vínculo de filiação já institucionalizado. A segurança jurídica registral, portanto, não se projeta apenas sobre a confiabilidade abstrata das

informações constantes do assento, mas também sobre a proteção da identidade e da posição jurídica da pessoa registrada.

A decisão monocrática foi posteriormente mantida no RE nº 708.130 AgR, julgado pela Primeira Turma em 28 de junho de 2016, sob relatoria do Ministro Edson Fachin. A síntese oficial divulgada pelo Supremo registra expressamente que autorizar o cancelamento do registro civil por inexistência de filiação, quando o próprio pai havia sido o declarante e já se encontrava falecido, ofenderia, entre outros princípios, a dignidade da pessoa humana (Brasil, 2016a).

Poucos meses depois, o Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou outra dimensão do problema da filiação no julgamento do RE nº 898.060/SC, Tema 622 da repercussão geral. A controvérsia consistia em definir se a existência de paternidade socioafetiva impediria o reconhecimento concomitante da filiação fundada na origem biológica.

Ao julgar o recurso, o Tribunal afastou a necessidade de escolha excludente entre as duas formas de parentalidade e fixou a tese segundo a qual “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Brasil, 2016b).

O precedente rompe com uma concepção necessariamente unitária da filiação. A existência de um vínculo socioafetivo não impede o reconhecimento da origem biológica, assim como o vínculo biológico não elimina a parentalidade construída no plano afetivo. A solução constitucional admite, portanto, a coexistência de relações parentais distintas e reconhece juridicamente uma realidade familiar mais complexa do que aquela tradicionalmente representada por categorias exclusivas.

Embora o objeto principal do Tema 622 seja a filiação, sua repercussão registral é direta. A própria tese faz referência à paternidade socioafetiva “declarada ou não em registro público”, evidenciando que o conteúdo previamente constante do assento não pode funcionar como obstáculo absoluto ao reconhecimento de outro vínculo parental juridicamente protegido.

A consequência para o Registro Civil das Pessoas Naturais é significativa. Se o ordenamento admite a coexistência de vínculos de filiação, o registro deve ser capaz de refletir essa pluralidade. A segurança jurídica, nesse contexto, não pode ser confundida com imutabilidade formal; deve também assegurar correspondência entre

o estado civil documentado e as relações familiares reconhecidas pelo próprio sistema constitucional.

Os dois precedentes podem, assim, ser lidos de forma complementar. No RE nº 708.130, o Supremo protege um vínculo de filiação já institucionalizado contra sua desconstituição em situação considerada ofensiva à dignidade da pessoa humana. No RE nº 898.060, admite que a filiação juridicamente reconhecida se abra à coexistência de vínculos parentais de diferentes origens.

Essa dupla movimentação, preservação e abertura, revela que o registro não funciona como simples fotografia de uma verdade biológica única e imutável. Em matéria de filiação, ele passa a operar como instrumento jurídico de expressão e proteção da identidade familiar da pessoa. A estabilidade registral continua relevante, mas deixa de significar rigidez: ela deve conviver com a necessidade de reconhecimento de relações familiares constitucionalmente protegidas.

Essa compreensão dialoga especialmente com a dimensão relacional da dignidade anteriormente examinada. A identidade da pessoa é construída também por meio dos vínculos familiares pelos quais ela se reconhece e é reconhecida socialmente. O registro civil, ao conferir expressão institucional a esses vínculos, não cria a relação familiar, mas a torna juridicamente cognoscível, protegida e apta a produzir efeitos.

O desenvolvimento posterior da matéria no plano administrativo reforça sua repercussão registral. O Provimento nº 63/2017 do CNJ passou a disciplinar o reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva, evidenciando que a ampliação das formas juridicamente reconhecidas de filiação também produziu efeitos sobre a atuação dos órgãos de Registro Civil das Pessoas Naturais (CNJ, 2017).

Esses precedentes acrescentam uma dimensão distinta daquela identificada na ADI nº 1.800 e na ADC nº 5. Naqueles julgamentos, o eixo central estava no acesso ao registro como instrumento de cidadania. Nos casos relativos à filiação, a questão desloca-se para o conteúdo das relações pessoais que o registro documenta e protege.

Não se pretende afirmar que o Supremo tenha formulado expressamente uma função constitucional autônoma de reconhecimento institucional do registro civil. O que os julgados permitem identificar é algo mais preciso: em matéria de filiação, o registro passa a ser constitucionalmente relacionado à proteção da identidade familiar,

seja para preservar um vínculo já institucionalizado, seja para permitir que o estado civil reflita a pluralidade das relações parentais reconhecidas pelo ordenamento.

5. IDENTIDADE, AUTONOMIA E RECONHECIMENTO REGISTRAL: A ADI 4.275 E O RE 670.422 (TEMA 761)

A dimensão constitucional do Registro Civil das Pessoas Naturais torna-se ainda mais explícita nos julgamentos da ADI nº 4.275/DF e do RE nº 670.422/RS, Tema 761 da repercussão geral. Em ambos, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a possibilidade de alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, deslocando o eixo da identificação registral de uma compreensão predominantemente biológica para outra fundada na identidade, na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade.

Na ADI nº 4.275, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, discutia-se a interpretação constitucionalmente adequada do art. 58 da Lei nº 6.015/1973. O pedido buscava assegurar às pessoas trans a alteração do prenome e do sexo no registro civil sem condicioná-la à cirurgia de transgenitalização. A própria controvérsia colocava em confronto a permanência dos dados originalmente assentados e o direito da pessoa de ser juridicamente identificada em conformidade com sua identidade de gênero.

O Plenário julgou procedente a ação para conferir interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei de Registros Públicos, reconhecendo às pessoas transgênero, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil (Brasil, 2018a).

A fundamentação vencedora, conduzida pelo Ministro Edson Fachin, estabelece premissas especialmente significativas. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade e a expressão de gênero; a identidade de gênero constitui manifestação da própria personalidade humana; e, por essa razão, “cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la”. O voto acrescenta que a pessoa não deve ser obrigada a provar aquilo que é, nem pode o Estado condicionar a expressão de sua identidade à submissão a determinado modelo, inclusive de natureza procedimental (Brasil, 2018a).

A distinção entre constituir e reconhecer é central. A identidade da pessoa não decorre do ato registral nem é produzida pelo Estado. O registro atua posteriormente, conferindo expressão jurídica a uma realidade pessoal que o antecede. A função estatal deixa, portanto, de ser compreendida como definição heterônoma da identidade e passa a consistir no reconhecimento jurídico da identidade manifestada pelo próprio indivíduo.

Essa compreensão encontra fundamento constitucional na dignidade da pessoa humana, na intimidade e na vida privada e, no plano convencional, pelo direito ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica. O registro civil aparece, desse modo, como ponto de concretização de um conjunto articulado de direitos da personalidade.

O voto vencedor também incorpora a ideia de que sexo e gênero não podem ser tratados, para todos os efeitos jurídicos, como componentes necessariamente objetivos e imutáveis do estado civil. Ao recorrer à jurisprudência interamericana, a fundamentação relaciona a identidade de gênero à autodeterminação, ao livre desenvolvimento da personalidade e à vida privada, reconhecendo que a construção identitária resulta de decisão livre e autônoma da própria pessoa.

A alteração registral, nessa perspectiva, não representa simples correção material de um dado anteriormente lançado. Trata-se da adequação do registro à identidade juridicamente protegida da pessoa. A publicidade e a segurança inerentes ao sistema registral permanecem relevantes, mas não autorizam a manutenção compulsória de informações que produzam descompasso entre a identificação oficial e a identidade pessoal reconhecida pelo ordenamento constitucional.

O RE nº 670.422/RS aprofunda essa orientação. Julgado pelo Plenário em 15 de agosto de 2018 sob o regime da repercussão geral, o recurso tratava diretamente do direito à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento. O acórdão, relatado pelo Ministro Dias Toffoli, reconheceu que a dignidade humana compreende conteúdos mínimos como autonomia, liberdade individual, conformação interior e capacidade de interação social e comunitária.

A ementa é particularmente expressiva ao afirmar que o sistema deve avançar para além da tradicional identificação dos sexos para abarcar situações em que a autopercepção da pessoa diverge daquela registrada no nascimento. Nessa matéria, segundo o Tribunal, ao Estado incumbe o reconhecimento da identidade de gênero,

enquanto a alteração do assento deve pautar-se pela livre manifestação de vontade da pessoa que pretende expressá-la juridicamente.

O voto do Ministro Dias Toffoli desenvolve essa transformação em termos diretamente registrais. Para o Relator, a proteção jurídica adequada da identidade de gênero exige que o sistema ultrapasse uma classificação “binária, tradicional e estática” e seja capaz de acolher situações nas quais a autopercepção não corresponda ao sexo registrado no nascimento. A estrutura registral não é, portanto, concebida como modelo imutável ao qual a pessoa deva necessariamente se conformar; é o sistema que deve se mostrar apto a representar juridicamente a identidade constitucionalmente protegida.

Ao final, o Supremo fixou, entre outras, a tese de que a pessoa transgênero possui direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além de sua manifestação de vontade, podendo a faculdade ser exercida judicialmente ou diretamente pela via administrativa. Determinou, ainda, que a alteração fosse realizada por averbação, sem inclusão de referência à condição de transgênero nas certidões e com preservação do sigilo sobre a origem do ato (Brasil, 2018b).

O precedente enfrenta diretamente a tensão entre autonomia individual e segurança jurídica, sem afastar os princípios da publicidade, da veracidade e da confiança: a preservação da segurança registral é alcançada por meio da averbação e da manutenção das informações necessárias no sistema, sem expor a pessoa, nas certidões ordinárias, à revelação de sua trajetória registral. A confiabilidade do registro permanece preservada, mas passa a coexistir com a proteção da autonomia, da privacidade e da identidade pessoal

A leitura conjunta da ADI nº 4.275 e do RE nº 670.422 evidencia, assim, um deslocamento mais profundo do que aquele observado nos julgados anteriores. Na ADI nº 1.800 e na ADC nº 5, o registro apareceu relacionado ao acesso à cidadania; nos precedentes sobre filiação, passou a revelar e proteger a identidade familiar; nos julgamentos relativos à identidade de gênero, o próprio conteúdo da identificação registral é submetido à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A formulação segundo a qual ao Estado cabe reconhecer, e não constituir, a identidade da pessoa aproxima-se diretamente da compreensão de registro civil desenvolvida neste trabalho. O assento não cria a identidade, assim como não cria a dignidade ou a personalidade jurídica. Sua função é conferir reconhecimento jurídico

e expressão institucional a atributos pessoais cuja existência e proteção encontram fundamento anterior na própria ordem constitucional.

É nesse sentido que esses julgamentos oferecem a manifestação mais clara da ressignificação funcional do Registro Civil das Pessoas Naturais. O registro permanece instrumento de autenticidade, segurança e eficácia, mas essas funções deixam de justificar a submissão da pessoa a uma identificação estatal incompatível com sua identidade. Passam, ao contrário, a operar em favor da correspondência entre a pessoa juridicamente documentada e a pessoa constitucionalmente reconhecida em sua autonomia, personalidade e dignidade.

6. A RESSIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

A análise dos precedentes selecionados revela que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abandona as funções tradicionalmente atribuídas ao Registro Civil das Pessoas Naturais, mas modifica o modo como elas se relacionam com a pessoa registrada. Autenticidade, segurança, eficácia e publicidade permanecem estruturantes da atividade registral; deixam, contudo, de constituir finalidades suficientes em si mesmas quando a aplicação rígida das formas registrais compromete o exercício da cidadania, a proteção dos vínculos familiares ou a correspondência entre a identidade juridicamente documentada e a identidade constitucionalmente protegida.

Não se trata de uma sucessão linear em que uma função registral seja substituída por outra. Os julgamentos revelam antes um processo de ressignificação funcional: as funções clássicas permanecem, mas são interpretadas a partir de uma ordem constitucional centrada na pessoa. A segurança jurídica, por exemplo, não corresponde necessariamente à conservação imutável do conteúdo originário do assento. No RE nº 708.130, ela se aproxima da preservação de uma filiação consolidada; no Tema 622, convive com a incorporação de vínculos parentais concomitantes; e, no Tema 761, é compatibilizada com a alteração de prenome e gênero mediante mecanismos registrais que preservam simultaneamente a identidade da pessoa, a confiança e a integridade do sistema.

Essa transformação também permite distinguir entre a realidade pessoal e sua expressão registral. O registro não cria a pessoa, sua dignidade, seus vínculos familiares ou sua identidade. A jurisprudência examinada converge, em graus

distintos, para a compreensão de que determinadas realidades constitucionalmente protegidas antecedem sua formalização e não podem ter sua existência subordinada à estrutura registral. A formulação adotada na ADI nº 4.275 torna essa premissa particularmente explícita ao afirmar que a identidade de gênero constitui manifestação da personalidade humana e que ao Estado cabe reconhecê-la, e não constituí-la (Brasil, 2018a).

É precisamente nesse espaço entre a existência da realidade pessoal e sua projeção no ordenamento jurídico que se propõe identificar uma função constitucional de reconhecimento institucional da pessoa. A expressão não corresponde a categoria formulada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal nem pretende substituir as funções tradicionalmente reconhecidas pela doutrina registral. Trata-se de categoria analítica destinada a descrever uma dimensão que emerge da leitura conjunta dos precedentes: por meio do registro civil, o Estado confere expressão jurídica institucionalmente reconhecível a aspectos da existência pessoal e relacional já protegidos pela Constituição.

O reconhecimento institucional manifesta-se de modos distintos conforme o direito fundamental envolvido. Pode significar assegurar que obstáculos econômicos não excluam a pessoa dos atos situados na base do exercício da cidadania; preservar vínculos familiares cuja desconstituição atinja a dignidade da pessoa registrada; acolher no estado de filiação relações parentais que não se ajustem a modelos excludentes; ou adequar os dados registrais à identidade pessoal livremente manifestada. Em todas essas situações, o registro atua como ponto de comunicação entre a pessoa e a ordem jurídica, tornando institucionalmente operáveis direitos, estados e atributos que não são criados pelo assento.

A categoria encontra correspondência com as dimensões da dignidade examinadas anteriormente. Sob a dimensão ontológica, permanece a premissa de que a dignidade antecede qualquer reconhecimento estatal: ninguém se torna pessoa ou adquire valor intrínseco em razão de um registro. A dimensão relacional, contudo, evidencia que a existência humana se projeta em relações de reconhecimento perante outras pessoas e instituições, fazendo com que a forma pela qual o Estado identifica e reconhece juridicamente o indivíduo possa favorecer ou restringir o exercício concreto de sua condição de sujeito de direitos. Já a dimensão histórico-cultural permite compreender que os instrumentos jurídicos destinados à proteção da pessoa

não possuem significado funcional imutável, podendo receber novos conteúdos à medida que se ampliam as exigências constitucionais de proteção da dignidade.

Sob essa perspectiva, a ressignificação do Registro Civil das Pessoas Naturais não conduz ao enfraquecimento da segurança jurídica, mas à sua leitura constitucionalmente adequada. A segurança registral deixa de proteger apenas a estabilidade abstrata do dado documentado e passa a exigir também que a informação institucionalizada seja compatível com os direitos fundamentais da pessoa a que se refere. A confiabilidade do sistema depende, assim, não somente de sua capacidade de conservar informações, mas também de dispor de mecanismos seguros para reconhecer juridicamente alterações, relações e identidades protegidas pelo ordenamento.

O desenvolvimento normativo também apresenta sinais de convergência com essa ampliação funcional. A Lei nº 13.484/2017 passou a qualificar expressamente os órgãos de Registro Civil das Pessoas Naturais como “órgãos da cidadania” (Brasil, 2017). No plano administrativo, o Provimento nº 199/2025 do CNJ instituiu medidas destinadas à erradicação do sub-registro e à ampliação do acesso à documentação civil básica, enquanto o Provimento nº 221/2026 disciplinou a gratuidade de emolumentos para pessoas com insuficiência de recursos (CNJ, 2025; CNJ, 2026). Esses desenvolvimentos não constituem consequência direta dos precedentes examinados, mas evidenciam convergência entre atividade registral, cidadania e efetivação de direitos.

A ressignificação identificada, portanto, não transforma o registro em fonte da dignidade humana. A relação é inversa: é a centralidade constitucional da pessoa que condiciona a maneira pela qual a instituição registral deve desempenhar suas funções. Quando o Supremo assegura o acesso aos atos fundamentais da vida civil, protege vínculos de filiação, admite a pluralidade parental ou determina que o registro corresponda à identidade de gênero livremente manifestada, a lógica registral é interpretada a partir da pessoa e não a pessoa a partir da rigidez do registro.

A função constitucional de reconhecimento institucional sintetiza esse deslocamento, evidenciando que as funções tradicionais do registro passam a servir, em última análise, à pessoa que ele identifica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso desenvolvido permite responder afirmativamente, embora com necessárias delimitações, ao problema proposto. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem contribuído para a ressignificação do Registro Civil das Pessoas Naturais ao submeter suas funções tradicionais às exigências constitucionais de proteção da pessoa, especialmente da cidadania, da identidade, dos vínculos familiares, da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade.

Essa ressignificação não implica substituição das funções clássicas do registro civil. Autenticidade, segurança, eficácia e publicidade permanecem essenciais ao sistema registral. O que se modifica é a compreensão de sua finalidade e do modo pelo qual devem ser realizadas. A segurança jurídica não pode ser identificada necessariamente com a imutabilidade do conteúdo assentado, assim como a publicidade não legitima a exposição de informações incompatível com direitos fundamentais. Ambas passam a ser interpretadas em consonância com a dignidade da pessoa a quem o registro se refere.

Os precedentes examinados revelam diferentes manifestações desse processo. Na ADI nº 1.800 e na ADC nº 5, o Supremo relacionou os atos de nascimento e óbito à cidadania e reconheceu a legitimidade da remoção de obstáculos econômicos ao seu acesso. No campo da filiação, o RE nº 708.130 e o RE nº 898.060 evidenciaram que o registro pode demandar tanto a proteção de vínculos familiares já institucionalizados quanto abertura à pluralidade das relações parentais constitucionalmente reconhecidas. Por fim, na ADI nº 4.275 e no RE nº 670.422, a relação entre registro e identidade tornou-se particularmente explícita, com o reconhecimento do direito à adequação do prenome e da classificação de gênero à identidade livremente manifestada pela pessoa.

Não há entre esses julgamentos identidade de objeto, fundamento ou força precedencial, nem se pretende afirmar a existência de uma evolução jurisprudencial linear. A convergência encontra-se em outro plano: em todos eles, o registro civil deixa de ser compreendido apenas a partir da conservação e certificação de informações sobre o estado da pessoa e passa a ser confrontado com a necessidade de assegurar que sua atuação seja compatível com direitos constitucionalmente protegidos.

Confirma-se a hipótese de que os precedentes revelam uma dimensão constitucional de reconhecimento institucional da pessoa - categoria analítica não formulada pelo próprio Supremo, já apresentada na seção anterior.



A distinção é fundamental. A pessoa, sua dignidade e sua identidade não dependem do registro para existir. A própria jurisprudência constitucional, especialmente na ADI nº 4.275, explicita que ao Estado compete reconhecer a identidade da pessoa, e não constituí-la. O papel do registro situa-se precisamente nesse ponto de encontro entre uma realidade pessoal constitucionalmente protegida e sua projeção formal perante o Estado e a coletividade.

A função constitucional de reconhecimento institucional não substitui, portanto, as funções registrais tradicionais, mas permite compreendê-las sob uma perspectiva centrada na pessoa. A autenticidade serve à confiabilidade de sua identificação; a publicidade torna juridicamente cognoscíveis seus estados e relações; a segurança protege tanto a estabilidade quanto a possibilidade de adequação juridicamente legítima do assento; e a eficácia permite que o reconhecimento registrado produza consequências concretas no exercício de direitos.

A legislação e a regulamentação administrativa posteriores oferecem sinais de convergência com essa compreensão, especialmente pela qualificação dos registros civis como ofícios da cidadania e pela ampliação de mecanismos destinados ao acesso à documentação, à parentalidade socioafetiva e à tutela administrativa de situações relacionadas à identidade. Tais desenvolvimentos não derivam necessariamente dos precedentes analisados, mas demonstram que a ampliação funcional do Registro Civil das Pessoas Naturais também se manifesta no plano institucional.

A ressignificação identificada permanece aberta a novos problemas. Situações ainda pouco enfrentadas pela jurisprudência constitucional, inclusive aquelas em que a ausência de reconhecimento registral somente se revela após a morte, poderão exigir investigação própria acerca do alcance dessa função institucional. O que os precedentes já permitem afirmar é que, no Estado Constitucional, o registro civil não se limita a documentar a pessoa: suas funções devem ser exercidas de modo a permitir que a identidade, os vínculos e a condição jurídica de cada indivíduo encontrem expressão institucional compatível com sua dignidade.



REFERÊNCIAS

BERTINI JÚNIOR, José Geraldo. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a contribuição das serventias extrajudiciais para a desjudicialização**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 mar. 2026.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 17 mar. 2026.

BRASIL. **Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997**. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9534.htm>. Acesso em: 7 mar. 2026.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 25 fev. 2026.

BRASIL. Lei nº 13.484, de 26 de setembro de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13484.htm. Acesso em: 7 mar. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 5/DF**. Rel. p/ acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 11 jun. 2007. DJe de 5 out. 2007a. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=5>>. Acesso em: 12 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800/DF**. Rel. p/ acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 11 jun. 2007. DJe de 28 set. 2007b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=1800>>. Acesso em: 12 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/DF**. Rel. p/ acórdão: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, julgado em 1º mar. 2018. Acórdão publicado em 7 mar. 2019. 2018a. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=4275>>. Acesso em: 12 abr. 2026.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 708.130**. Relator: Min. Edson Fachin. Primeira Turma, julgado em 28 jun. 2016. DJe de 12 set. 2016a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670.422/RS**. Relator: Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 15 ago. 2018. Tema 761 da repercussão geral. Acórdão publicado no DJe de 10 mar. 2020. 2018b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=4192182&numeroProcesso=670422&numeroTema=761>>. Acesso em: 12 abr. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 708.130**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Decisão monocrática, 29 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060/SC**. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, julgado em 21 set. 2016. DJe de 24 ago. 2017. Tema 622 da repercussão geral. 2016b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?classeProcesso=RE&incidente=4803092&numeroProcesso=898060&numeroTema=622>>. Acesso em: 11 abr. 2026.

CALIXTO, Sônia Meire de Abreu Tranca; PARENTE, Francisco Josênio Camelo. Registro Civil das Pessoas Naturais. **Conhecer: Debate entre o Público e o Privado**, v. 7, n. 19, p. 189-204, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2026.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 199, de 25 de junho de 2025**. Brasília, DF: CNJ, 2025. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/6209>>. Acesso em: 13 mai. 2026.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 221, de 22 de abril de 2026**. Brasília, DF: CNJ, 2026. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/6875>>. Acesso em: 13 mai. 2026.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Resolução A/RES/70/1. Nova York: ONU, 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2026.

PANCIONI, André Luiz. **Gratuidade do registro de nascimento aos pobres: direito fundamental e forma de inclusão social**. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Bauru, Bauru, 2017.



SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Unisul de Fato e de Direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 8, n. 14, p. 19-51, 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/19782>. Acesso em: 24 mar. 2025.

VASCONCELOS, Camila Cunha Moura. O Registro Civil das Pessoas Naturais como instrumento do Estado na concretização da dignidade da pessoa humana e da cidadania. In: EL DEBS, Martha (coord.); FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes (org.); SCHWARZER, Márcia Rosália (org.). **O Registro Civil na atualidade: a importância dos ofícios da cidadania na construção da sociedade atual**. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 2, p. 421-432.



A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E A (IM)POSSIBILIDADE DO INSTITUTO FORMAR COISA JULGADA

THE STABILIZATION OF THE PRELIMINARY INJUNCTION AND THE (IM)POSSIBILITY OF THE INSTITUTE FORMING RES JUDICATA

Matheus Rodrigues Amaral¹

Resumo: O presente artigo analisa criticamente a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, especialmente o regime de estabilização previsto nos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil. Examina-se o procedimento aplicável, os meios de impugnação da decisão concessiva e a controvérsia acerca da possibilidade de a estabilização produzir coisa julgada material, a partir da análise da legislação vigente, da revisão bibliográfica e do direito comparado. Sustenta-se, como fundamentação, que a estabilização não se confunde com a coisa julgada, pois decorre de decisão fundada em cognição sumária e o próprio art. 304, § 6º, do Código de Processo Civil afasta expressamente a formação dessa qualidade. Conclui-se que, transcorrido o prazo de dois anos previsto no § 5º do mesmo dispositivo, ocorre a consolidação dos efeitos da tutela, sem alteração de sua natureza jurídica ou transformação da decisão provisória em pronunciamento protegido pela coisa julgada material.

Palavras-chave: Tutela Provisória; Tutela Antecipada Antecedente; Estabilização; Coisa Julgada; Código de Processo Civil.

Abstract: This article critically analyzes urgent anticipatory relief sought on an antecedent basis, particularly the stabilization regime provided for in Articles 303 and 304 of the Brazilian Code of Civil Procedure. It examines the applicable procedure, the means of challenging the decision granting relief, and the controversy over whether stabilization may produce res judicata. This paper analyses the legal system in Brazil, the literature about the theme and the relief legal status in foreign orders. The article intends to conclude that stabilization is not equivalent to res judicata because it results from a decision based on summary cognition, and Article 304(6) of the Code of Civil Procedure expressly excludes the formation of res judicata. It concludes that, after the two-year period established in paragraph 5 of the same provision has elapsed, the effects of the relief become consolidated, without changing its legal nature or transforming the provisional decision into a ruling protected by substantive res judicata.

Keywords: Provisional relief; Antecedent anticipatory relief; Stabilization; Res judicata; Brazilian Code of Civil Procedure.

1. A TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA AJUIZADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O Código de Processo de Civil de 2015 trouxe consigo diversas inovações no tocante às tutelas sumárias. Diferentemente do Código Buzaid, que praticamente só

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é servidor público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: matheusamaral13@gmail.com



atualizou a semântica do Código de Processo Civil de 1939, o CPC/15 trouxe, de fato, avanços substanciais sobre diversos institutos processuais e, sobretudo, no que cinge às tutelas provisórias. Um dos avanços mais significativos no campo de tais tutelas foi a possibilidade do ajuizamento desta em caráter antecedente, ou seja, em momento anterior à formulação do pedido principal da lide.

Tal possibilidade representa um avanço significativo, uma vez que possibilita ao autor da lide o pleito, em juízo, de medida de urgência em momento anterior à formulação dos pedidos principais – não urgentes, ou, pelo menos, não tão urgentes quanto o pedido formulado em caráter antecedente.

Assim, tem-se que a sociedade resta mais protegida a partir do advento do referido instituto processual, pois lhe é facultada a possibilidade de demandar em juízo medidas que visam, inicialmente, somente à proteção de direitos que estão a ser lesados ou que estão na iminência de o serem. É, portanto, prescindível a formulação imediata de pedido que será objeto de cognição exauriente – que pode até mesmo nem existir, com todos os seus contornos, no momento da distribuição da demanda de tutela antecipada antecedente.

Sobre o aumento do espectro de proteção da sociedade, a título de exemplo, tome-se as demandas de tutela antecipada antecedente que almejam, em um primeiro momento, somente a cobertura de uma cirurgia que foi negada pela operadora de seguro-saúde. Caso tal instituto processual não existisse, o eventual transcurso da “duração razoável do processo” poderia ensejar o perecimento do direito material que se objetivava tutelar.

Assim, em síntese apertada, porém completa: a tutela antecipada antecedente, nas palavras de Júnior (2019) é “toda medida urgente de caráter satisfativo pleiteada antes da dedução do pedido principal. Em regra é programada para dar seguimento a uma pretensão principal a ser aperfeiçoada nos próprios autos em que o provimento antecedente se consumou.”²

2. O PROCEDIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE E SUA EVENTUAL ESTABILIZAÇÃO

Uma vez realizadas breves digressões sobre o instituto processual da tutela antecipada antecedente, introduzida no Processo Civil brasileiro pelo CPC/15,

² THEODORO JÚNIOR, Humberto – Curso de Direito Processual Civil – vol. I, p. 686.

cumprir, agora, relatar as peculiaridades de tal procedimento e do cenário da estabilização da medida de urgência aqui analisada.

Nesse sentido, a tutela antecipada antecedente possível de estabilização é regulada pelo Código de Processo Civil nos artigos 303 e 304 e deve ser requerida inaudita altera parte. Isso significa que o autor da demanda deve requerer o deferimento da medida liminarmente, ou seja, sem a oitiva prévia da parte adversa.

Assim, uma vez ajuizada tal demanda, caso deferida a medida de urgência almejada, o réu será intimado para o cumprimento desta e terá, por evidente, possibilidade de rever o provimento jurisdicional interlocutório mediante manejo de recurso de agravo de instrumento, conforme inteligência do disposto no artigo 1.015, I, do Código de Processo Civil.

Note-se aqui que, logo da promulgação do Código de Processo Civil, foi firmado entendimento jurisprudencial, no sentido de relativizar o termo semântico “recurso”, constante do artigo 304 do referido diploma. De acordo com este entendimento, qualquer impugnação à decisão que deferia a tutela antecipada antecedente era o suficiente à não proporcioná-la ares de estabilidade.

Neste sentido, o seguinte entendimento inicial do Superior Tribunal de Justiça:

“embora o caput do artigo 304 do CPC/2015 determine que ‘a tutela antecipada, concedida nos termos do artigo 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada” (REsp 1.760.966/SP, Rel. Ministro Marco Aurelio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4/12/2018, DJe 7/12/2018.).

Contudo, no ano de 2019, acertadamente, houve por bem o Superior Tribunal de Justiça mudar seu posicionamento, pois em julgado, exarou o seguinte posicionamento:

“o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão.” (REsp 1797365/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 03/10/2019).

Desse modo, de acordo com o mencionado precedente, caso a parte adversa não maneje o referido recurso, capaz de contestar a inteligência da decisão judicial que deferiu a tutela antecipada antecedente, a medida de urgência estabilizar-se-á, conforme dispõe o caput do artigo 304 do CPC, com a consequente extinção do processo e a manutenção da eficácia do provimento jurisdicional interlocutório.

Entretanto, em outra virada jurisprudencial, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2024, firmou entendimento no sentido de que basta a mera apresentação de contestação para que seja oferecida resistência à decisão que concedeu a tutela provisória antecipada em caráter antecedente. Nesse sentido, colaciona-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCEDIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OPOSIÇÃO À TUTELA POR MEIO DA CONTESTAÇÃO. TUTELA NÃO ESTABILIZADA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO ESPECÍFICA DO AUTOR PARA ADITAR A INICIAL.

1. A ausência de recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada não acarreta sua estabilização se a parte se opôs a ela mediante apresentação de contestação. Precedente.

2. A passagem do "procedimento provisório da tutela antecedente" - cujo rumo pode eventualmente levar à extinção do processo, a depender da atitude do réu de opor-se, ou não, à antecipação da tutela satisfativa - para a fase da tutela definitiva exige intimação específica para o autor a propósito da necessidade de aditar a inicial. Aplicação analógica do art. 321, caput, do CPC/15.

Precedente da Terceira Turma no REsp. 1.766.376/TO, relatora Ministra Nancy Andrighi.

3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp n. 1.938.645/CE, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 6/9/2024.)

Desta feita, há, atualmente, divergência entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza do ato processual capaz de obstaculizar a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Embora firme-se posicionamento pelo prestígio à intenção do legislador, que deliberadamente escolheu o termo "recurso" para ocupar o dispositivo do Código de Processo Civil, não há, no momento, entendimento majoritário em qualquer das vertentes argumentativas.

Em sequência acerca da tutela em caráter antecedente, nos dizeres de Júnior (2019), a referida situação processual foi criada pelo legislador brasileiro com inspiração no processo civil francês e italiano, que tornam estável o provimento jurisdicional dado em juízo de probabilidade não impugnado pela parte adversa, franqueando às partes a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma em



momento posterior para eventual revisão da eficácia do produto da cognição sumária do magistrado.³

Sobre as origens históricas de dito instituto processual brasileiro, há de mencionar o “*référé*” francês, cujos requisitos básicos eram a sumariedade do procedimento e a provisoriedade do provimento. Em relação ao direito italiano, vale mencionar, “*en passant*”, os provimentos de “eficácia indefinidamente protraída”.⁴

Ademais, Bonato (2017), ao discorrer sobre os institutos processuais franceses e italianos que serviram de inspiração para a normatização da tutela antecipada antecedente, e sua eventual estabilização, conclui que “tanto os *référés* franceses como os provimentos cautelares italianos a instrumentalidade atenuada se estabilizam, mas sempre de modo precário, podendo seu conteúdo ser revisto em ação autônoma de cognição plena e exauriente, cuja propositura não é limitada a qualquer prazo de natureza processual.”⁵

Pois bem. Ao retornar, novamente, o olhar para o caso brasileiro, percebe-se que a possibilidade de ajuizamento de ação *a posteriori* para rever a decisão prolatada em sede de tutela antecipada antecedente, no direito pátrio, somente pode ser exercida pelas partes em um período de dois anos que serão contados a partir do momento da extinção do feito. Regramento um pouco diferente, portanto, do que estabelecido no direito francês e italiano.

Alcançado o supracitado cenário processual, isto é, decorrido o prazo para o manejo de ação revisional da tutela antecipada antecedente, os efeitos de sua concessão perduram no espaço e tempo de modo definitivo.

Surge, então, a dúvida que o presente estudo pretende responder: transcorrido o prazo de dois anos para ajuizamento de eventual ação principal que teria o condão de rever o provimento jurisdicional fruto de juízo de probabilidade há a formação de *res iudicata* da referida decisão e a consequente aplicabilidade dos efeitos da coisa julgada ao provimento jurisdicional estabilizado ou a decisão da tutela antecipada antecedente somente torna-se estável e, portanto, incontestável, em decorrência de mecanismo processual criado pelo legislador ordinário?

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto – Curso de Direito Processual Civil – vol. I, p. 686.

⁴ BONATO, Giovanni – A Estabilização da Tutela Antecipada de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Uma Comparação entre Brasil, França e Itália), p. 04.

⁵ BONATO, Giovanni – A Estabilização da Tutela Antecipada de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (Uma Comparação entre Brasil, França e Itália), p. 04.

3. A IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER A COISA JULGADA MATERIAL NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

Em um primeiro momento, impende-se diferenciar os conceitos de cognição sumária e cognição exauriente.

Nesse sentido, diz-se cognição exauriente quando presentes o contraditório pleno e efetivo, através do qual as partes impulsionam o processo com farta discussão da causa, de seu mérito, e com a devida produção de provas. A partir desse debate exaustivo e, por conseguinte, exauriente da lide, apto está o Juiz a resolvê-la em sua plenitude.

Assim, uma vez garantido ao Juiz a possibilidade de se debater com os vários argumentos envolvidos da lide, com o devido arcabouço probatório já carreado aos autos, e, portanto, com o respeito máximo ao contraditório das partes, a decisão final, sentença por oportuno, resolve com mérito todos os elementos contidos na lide.

Por tais razões, a sentença, advinda de cognição exauriente do processo, apta está a formar coisa julgada, tornando a decisão imutável. No consciencioso entendimento de Nunes e Andrade (2015), “daí também a indicação doutrinária de que se trata de tutela definitiva, aplicada no modelo tradicional de cognição pelo procedimento ordinário”.⁶

Por outro lado, a cognição sumária, literalmente, pressupõe sumário debate e estudo a respeito da lide pelo Juiz e pelas partes. *In casu*, o próprio contraditório é diferido, notadamente no caso da tutela antecipada antecedente, pois o Juiz primeiro decide para, posteriormente, dar azo ao contraditório. Por tais razões, uma decisão, baseada em cognição sumária, não é sólida o suficiente para formar coisa julgada material.

Eis, portanto, um primeiro argumento para a não formação da coisa julgada material, no que concerne a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Outro ponto a ser suscitado decorre da análise fria e atenta da topografia do Código de Processo Civil. Neste contexto, veja-se o seguinte:

Código de Processo Civil:

“Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

⁶ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle, Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada, p. 05.

§4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no §2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do §1º.

§6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do §2º deste artigo.”

Note-se, portanto, que o legislador pátrio procurou estabelecer expressamente a vedação à formação da coisa julgada, quando da estabilização da tutela antecipada antecedente, no artigo posterior ao que dispõe sobre o prazo para obter-se a reforma da decisão provisória.

Ora, as disposições das normas no diploma processual não são obra do acaso. Pelo contrário, seguem linha lógica, apta a facilitar o entendimento e a compreensão dos aplicadores do direito. Pois, neste sentido, a vedação à formação da coisa julgada, neste caso, abarca inclusive quando a decisão já se encontra estabilizada. Aqui, o segundo argumento para a não formação da coisa julgada material.

Ademais, não se deve olvidar dos estudos de direito comparado. É cediço que a conceituação do termo tutela antecipada antecedente e sua implementação no ordenamento jurídico pátrio, adveio do direito francês e italiano, como mencionado alhures. Nesta tomada, pode-se opinar, ainda que tal argumento seja o menos robusto dos apresentados, que não deve a estabilização da tutela antecipada antecedente gozar da qualidade de coisa julgada, uma vez que, em sua origem, isto é, no direito comparado, os institutos similares não haurem de tal prerrogativa.

Exemplifique-se isso tomando como base o artigo 488 do diploma processual francês, que dispõe o seguinte: “L’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée”. Ainda no mesmo sentido, o artigo 669 do diploma processual italiano, a saber: “L’estinzione del giudizio di mérito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa, L’autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in um diverso processo.”

A tradução livre de tais citações indica que “a medida liminar de urgência não tem, quanto ao mérito, autoridade de coisa julgada e que “ extinção do processo de mérito não determina a ineficácia das medidas a que se refere o sexto parágrafo,



mesmo quando o respectivo pedido foi proposto no curso da causa. A autoridade da medida cautelar não é invocável em um processo diverso”.

Ao se realizar a análise do §5º do artigo 304 do Código de Processo Civil brasileiro, tem-se o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento de ação revisional da tutela antecipada antecedente concedida pelo Juiz. Nesse sentido, com esteio nos ensinamentos de Júnior (2019), tem-se que o referido prazo é decadencial⁷ e, findo este, não haverá mais a possibilidade de revisão da eficácia do provimento jurisdicional fruto da cognição sumária do magistrado em sede de tutela antecipada antecedente, perdurando os efeitos desta no tempo e espaço de modo definitivo. Isto significa que, decorrido seu prazo, não é a substância da medida que resta alterada, mas o direito processual ofertado às partes de movimentarem novamente o processo que é atacado.

Ou seja, passado este prazo, a natureza provisória da medida se mantém, posto que fruto de cognição sumária, sem a observância do contraditório pleno e efetivo. Ocorre, no entanto, a permanência de seus efeitos provisórios, estabilizando-a. Sua estabilização, portanto, não decorre de formação de coisa julgada; mas simplesmente do decurso de prazo decadencial, imposto por norma processual.

Corroborando deste entendimento estão Nunes e Andrade (2015), para os quais “tal estabilidade de efeitos vem mais do decurso do tempo pelo não ajuizamento da ação principal do que propriamente da coisa julgada”.⁸

Ademais, nunca é tarde para se recordar das razões que levaram o legislador a editar referida norma. Tal regramento, na verdade, consagra o princípio da economia processual e o da tutela jurisdicional eficaz, haja vista que as partes não mais necessitam delongar elevado tempo para satisfazer seus interesses com o provimento jurisdicional adequado. Exemplo claro é o de cirurgias, como mencionado alhures.

Ora, a estabilização da tutela antecipada antecedente, nestes casos, garante segurança jurídica, pois o objeto fora tutelado, ainda que com cognição sumária, e, por que não dizer, desafoga o Judiciário brasileiro, que se encontra chafurdado em pilhas colossais de processos, que parecem não ter fim.

Querer atribuir a noção de coisa julgada à estabilização da tutela antecipada antecedente contraria, portanto, a intenção do legislador. Senão vejamos. Uma vez

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto – Curso de Direito Processual Civil – vol. I, p. 720.

⁸ ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle, Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada, p. 23.



reconhecida supostamente a coisa julgada, abre-se o prazo de dois anos para a ação rescisória, na dicção do artigo 975 do Código de Processo Civil. Espantoso seria, pois, aguardar os dois anos para a ação revisional do artigo 304, §5 e, posteriormente, mais dois anos para eventual ação rescisória.

4. CONCLUSÃO

A partir da introdução realizada, da conceituação do instituto da tutela antecipada antecedente e, sobretudo, da revisão bibliográfica e da realização de digressões acerca do direito comparado, mostra-se, neste momento, inadmissível a atribuição de coisa julgada à estabilização da tutela antecipada antecedente; sendo tal estabilidade apenas ficção jurídica atribuível a uma decisão sumária, a fim de conciliar efetividade do provimento jurisdicional, celeridade processual, segurança jurídica e norma decadencial prevista pelo diploma processual brasileiro.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 56, p. 63-91, abr./jun. 2015.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil brasileiro de 2015: uma comparação entre Brasil, França e Itália. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 273, p. 191-253, nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 ago.2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.760.966/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em: 4 dez. 2018. Diário da Justiça Eletrônico, 7 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.365/RS**. Relator: Ministro Sérgio Kukina; Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Julgado em: 3 out. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

O DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA A SUSPENSÃO OU RESCISÃO DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL POR INADIMPLEMENTO

THE RIGHT TO HEALTH AND THE REQUIREMENT OF PRIOR NOTICE OF THE SUSPENSION OR TERMINATION OF AN INDIVIDUAL HEALTH INSURANCE CONTRACT DUE TO NON-PAYMENT

Mariana Gabrielle Costa¹

Resumo: O presente artigo científico tem como objetivo expor as nuances do plano de assistência à saúde de natureza individual, que tem como finalidade assegurar o direito fundamental à saúde. Diante da importância desse contrato e das diversas práticas abusivas das operadoras de planos de saúde, serão apresentadas as regras constitucionais e legais que permeiam o referido tema, assim como a impossibilidade de suspensão ou rescisão do contrato de plano de saúde por inadimplemento sem a observância dos requisitos legais, especialmente a prévia notificação do consumidor nos termos e dentro do prazo estabelecidos pela legislação aplicável. O trabalho busca, especificamente, demonstrar que a legislação específica estabelece requisitos próprios para que a operadora possa promover a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde de natureza individual. Nesse contexto, a notificação possui a finalidade de cientificar o consumidor acerca do débito e possibilitar a sua regularização antes da adoção da medida de suspensão ou rescisão contratual.

Palavras-chave: Direito à saúde. Plano de saúde individual. Direito do Consumidor. Inadimplemento. Notificação.

Abstract: This scientific article aims to outline the nuances of individual health insurance plans, which serve to safeguard the fundamental right to health. Given the importance of such contracts and the various abusive practices employed by health plan operators, the article presents the constitutional and legal rules governing this subject, as well as the prohibition against suspending or terminating a health plan contract due to non-payment without adhering to legal requirements—specifically, providing prior notice to the consumer in the manner and within the timeframe established by applicable legislation. This study specifically aims to demonstrate that the applicable legislation establishes specific requirements for a health plan operator to unilaterally suspend or terminate an individual health plan contract. In this context, the purpose of the notification is to inform the consumer of the grounds for the action and to allow them to rectify the situation before the suspension or termination measure is implemented.

Keywords: Right to health. Individual health insurance plan. Consumer law. Default. Notice.

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019). Especialista em Processo Civil (2022) e Direito do Consumidor (2024) pela Faculdade Única. E-mail: mariana.costaa@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Diante das diversas ações judiciais que possuem como causa de pedir a invalidação da rescisão contratual de planos de assistência à saúde individuais, o presente artigo tem como objetivo apresentar as nuances que circundam a matéria referente ao direito à saúde, o contrato de plano de assistência à saúde individual, bem como a necessidade (ou não) da notificação do consumidor para pagamento do valor devido antes da adoção de medidas drásticas, como a suspensão ou a rescisão do plano de saúde individual.

Dessa forma, é essencial compreender que o direito à saúde é um direito constitucional e possui regulamentação infraconstitucional. Acrescenta-se que se trata de direito fundamental de segunda geração, de caráter prestacional.

O presente artigo apresentará, especificamente, as consequências do inadimplemento e os procedimentos legais a serem observados pelas operadoras de planos de saúde para a suspensão ou rescisão do plano de saúde de natureza individual.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a palavra saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.

No âmbito da legislação internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê em seu artigo 25.1:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, 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.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) prevê como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CR/88), bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CR/88).

A saúde é um direito social prestacional de segunda geração, previsto no art. 6º da CR/88, e sua proteção também se relaciona ao art. 7º, IV, da Constituição, que estabelece que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, entre elas a saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é uma rede hierarquizada e regionalizada pública, que busca garantir o direito à saúde a partir de exames, consultas, vacinas, controle de produtos, medicamentos, vigilância sanitária, fiscalização de alimentos, dentre outros serviços e ações (art. 200 da CR/88).

Importante mencionar que, de acordo com Garcia (2023, p. 18), o direito fundamental de segunda geração, tal qual o direito à saúde, surgiu:

(...) a partir do século XIX, após a Revolução Industrial européia, marcada pelas péssimas condições de trabalho, houve a necessidade de se privilegiar os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade. Para que a igualdade se concretizasse, ao contrário do defendido na 1ª Geração, era necessária maior participação do Estado, face ao reconhecimento de sua função social, através de prestações positivas, que visassem o bem-estar do indivíduo.

Além disso, de acordo com Abujamra e Bahia (2009, pág. 303):

O direito à saúde compreende tanto o direito de estar sadio quanto o de ser tratado e se preparar para a vida profissional (habilitação e reabilitação) e o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer sadio), pelo que as políticas públicas sanitárias merecem especial destaque. No entanto, a efetivação do direito à saúde passa pela disponibilização de ações e serviços de natureza preventiva e curativa das doenças e outros agravos que prejudicam e põem em risco esse direito.

Considerando a essencialidade do direito à saúde, a Constituição Federal estabelece a competência comum (administrativa) dos entes federados para cuidar da saúde (art. 23, II, da CR/88) e a competência legislativa concorrente prevista no art. 24, XII, da CR/88.

Ademais, a saúde é financiada com recursos provenientes da seguridade social (art. 198, § 1º, da CR/88), sendo que a participação da União não será inferior a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro. Por sua vez, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contribuirão com recursos calculados sobre os produtos da arrecadação dos impostos estaduais e municipais, bem como sobre aqueles decorrentes das repartições constitucionais de receitas (art. 198, § 2º, da CR/88).

É importante mencionar que a ausência de aplicação do mínimo de receita para manutenção dos serviços de saúde poderá acarretar intervenção federal (art. 34, VII, e da CR/88) ou estadual (art. 35, III da CR/88).

Posteriormente, a Lei nº 8.080/90 regulamentou o funcionamento do SUS e a Lei nº 9.656/98 trouxe disposições gerais referentes aos planos privados de assistência à saúde.

No âmbito dos planos privados de assistência à saúde contratados diretamente pelo consumidor, a relação possui natureza privada e submete-se à legislação específica, sem prejuízo da incidência das normas constitucionais e consumeristas pertinentes, sendo possível que a assistência à saúde seja prestada pela iniciativa privada, nos termos do art. 199 da CR/88.

De acordo com Garcia (2023, pág.16):

A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na CF vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. É o que chamamos de “força normativa da Constituição”, na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam força de norma (norma jurídica), passível de ser executada e exigível.

Nesse sentido, as normas constitucionais devem ser observadas em todas as relações jurídicas, garantindo-se a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre privados, com fundamento na “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Ressalta-se que a observância dos direitos fundamentais não influencia na garantia da livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, garantindo-se o exercício da atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, nos termos do art. 170, parágrafo único, da CR/88, sem prejuízo da observância das legislações gerais e específicas.

Além disso, é importante ressaltar que na concretização do direito à saúde:

(...)destacam-se três pontos fundamentais para a efetivação do direito à saúde como direito fundamental: i) o direito à integridade e à dignidade; ii) o reconhecimento e o respeito à diferença; iii) a territorialidade dos problemas.

O direito à integridade e à dignidade envolve questões relativas ao direito a uma vida digna, onde as necessidades sociais sejam atendidas, tais como: i) saneamento, com os devidos tratamentos de lixo, esgoto e fornecimento de água tratada; ii) direito a uma boa alimentação, para promover o bem estar e tornando o indivíduo mais forte e, iii) direito a um condição socioeconômica estável para evitar impactos sobre a vida emocional das pessoas (a falta de uma alimentação regular pode influenciar em transtornos psíquicos e no aumento da violência doméstica). (Pereira; Nelson.2012. pág.73)

Dessa forma, considerando que o direito à saúde advém de aspectos relacionados à dignidade da pessoa humana, é evidente que as previsões normativas não esgotam a matéria, já que esta garantia fundamental é ampla e assegura todos os meios necessários para a consecução dos referidos objetivos.

A referência ao direito fundamental à saúde, neste contexto, mostra-se relevante para evidenciar a dimensão existencial do contrato de plano de saúde, sem, contudo, afastar a natureza privada da relação jurídica nem a exigibilidade das obrigações contratuais assumidas pelo consumidor.

Assim, a proteção constitucional da saúde deve ser harmonizada com a livre iniciativa e com a autonomia privada, submetidas, ambas, aos limites estabelecidos pela Constituição, pela legislação específica e pelas normas de proteção do consumidor.

3 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

Com o objetivo de regulamentar os planos e seguros privados de assistência à saúde, foi aprovada a Lei nº 9.656/98, que estabelece regras específicas sobre a caracterização dos planos de saúde, direitos e obrigações das partes, contraprestações, procedimentos abrangidos ou não pelos planos de saúde, dentre outros.

O contrato de plano de saúde é considerado um contrato de adesão, com autonomia da vontade restrita, visto que o consumidor pode aderir ou não ao contrato, mas não pode, como regra, modificar as cláusulas preestabelecidas pela operadora de plano de assistência à saúde. Não obstante, isso não impede a atuação do Poder Judiciário em caso de abusividade.

Trata-se, portanto, de contrato bilateral e oneroso, de execução continuada, no qual a operadora assume obrigações relacionadas à prestação de assistência à saúde ou à cobertura de custos assistenciais, enquanto o consumidor assume, entre outras, a obrigação de pagar a contraprestação pactuada.

Com o objetivo de evitar o abuso das disposições contratuais, por se tratar de contrato não paritário, a legislação estabelece exigências mínimas a serem observadas nos contratos celebrados, previstas no art. 12 da Lei nº 9.656/98, sendo de renovação automática os referidos contratos a partir do vencimento do prazo de vigência (art. 13 da Lei nº 9.656/98).



Ressalta-se que os contratos entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores possuem finalidade social e, por tal motivo, ao serem criados, devem observar balizas que vão além da mera busca de recursos financeiros.

Por se tratar de serviço diretamente relacionado à proteção da integridade física e da vida do consumidor, os contratos devem ser pautados pela boa-fé objetiva e pela função social.

Não se pretende, com isso, afastar a natureza onerosa do contrato ou a obrigação de pagamento das mensalidades. A função social e a boa-fé objetiva atuam como limites ao exercício das posições jurídicas decorrentes do contrato, inclusive no momento de sua suspensão ou rescisão.

Com o fito de garantir as referidas balizas essenciais para a vida social, existe a vedação à limitação temporal no caso de internação do contratante, bem como da negativa de cobertura de doenças sem que o plano de saúde tenha adotado práticas para averiguar sua eventual existência no momento da contratação, dentre outros.

Quanto às nuances, os contratos podem ser celebrados diretamente com o consumidor, ou seja, individual, ou mediante contratação coletiva empresarial, nos termos da legislação específica.

O presente estudo concentra-se na contratação individual, tendo em vista que o art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98 estabelece disciplina específica para os produtos contratados individualmente.

Dessa forma, não se pretende aplicar automaticamente as conclusões deste artigo às diferentes modalidades de contratação coletiva, que possuem peculiaridades próprias.

É evidente a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos referidos contratos, tendo em vista a presença na relação jurídica do consumidor (pessoa física) e do fornecedor de serviços de assistência à saúde.

Ademais, de acordo com Neto (2012, pág.58):

No âmbito da saúde suplementar, 'consumidor' é **não apenas o titular do plano de saúde, mas todos aqueles que deste forem beneficiários, tais como os dependentes**. 'Fornecedores', por seu turno, são as operadoras de planos privados de assistência à saúde, pessoas jurídicas que poderão ser constituídas por todas as formas previstas em lei, tais como os estabelecimentos de seguro, as cooperativas de serviços médicos, as entidades de medicina de grupo, de odontologia de grupo, de autogestão, ou ainda as entidades filantrópicas. Nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.656/9847, o objeto da relação, enfim, é a prestação continuada de serviços de assistência à saúde ou cobertura de custos assistenciais, mediante

contraprestações pecuniárias a preços pré ou pós-estabelecidos, por prazo indeterminado. (destaquei).

Além disso, Garcia (2023, pág.20) esclarece:

Trata-se de um verdadeiro microssistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.

(...)

Nesse sentido, o CDC constitui um microssistema jurídico multidisciplinar na medida em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo a visão de conjunto das relações de consumo. Por força do caráter interdisciplinar, o Código de Defesa do Consumidor outorgou tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60 e 105/106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104).

Além disso, a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."

A exceção quanto às entidades de autogestão se relaciona com o mutualismo e cooperação sem finalidade lucrativa.

Diante da necessidade de observância do microssistema consumerista, torna-se imprescindível a observância dos direitos básicos do consumidor, como a garantia de informação clara e adequada dos diversos planos oferecidos pela operadora do serviço, características, formas de pagamento, coparticipação, serviços abrangidos, riscos, dentre outros (art. 6º, III do CDC), bem como proteção contra práticas e cláusulas abusivas (art. 6º, IV do CDC), modificação e revisão de cláusulas contratuais quando desproporcionais ou que por fatos supervenientes acarretem em ônus excessivo ao consumidor (art. 6º, V do CDC), com possibilidade de acesso aos órgãos jurisdicionais com o fito de ser assegurado os direitos previstos na legislação (art. 6º, VII do CDC), tendo como regra processual a possibilidade de inversão do ônus da prova, *ope judicis*, quando verificada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII do CDC).

O art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98 é especialmente relevante para o objeto deste estudo, pois estabelece que, nos contratos individuais, a suspensão ou rescisão unilateral por inadimplemento somente é admitida quando presentes os



requisitos legais, entre eles o período de inadimplemento e a comprovação da notificação do consumidor até o quinquagésimo dia.

4 A IMPRESCINDIBILIDADE DA NOTIFICAÇÃO APÓS O INADIMPLEMENTO E RESCISÃO CONTRATUAL NO PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL.

O contrato de plano de saúde tem como objetivo a prestação de serviços de saúde médico-hospitalares, conforme disposto no art.1, I, da Lei 9656/98, e se submete ao Código de Defesa do Consumidor.

Este contrato é qualificado como de adesão, ou seja, traz em seu bojo cláusulas previamente estabelecidas, sem possibilidade, em regra, de discussão e alteração individualizada pelo consumidor, o que demonstra a assimetria econômica e técnica existente entre as partes. Além disso, é bilateral, pois possui direitos e obrigações para ambas as partes, e oneroso, uma vez que demanda contraprestação financeira.

Além da necessidade de observância dos referidos princípios, é vedada a existência de cláusulas abusivas, sendo nulas de pleno direito, nos termos do art. 51 do CDC, aquelas referentes a obrigações que possuam desvantagens excessivas ou sejam incompatíveis com a boa-fé, como, por exemplo, a rescisão do contrato pelo não pagamento de mensalidade sem a observância dos requisitos estabelecidos pela legislação específica.

Em regra, nas hipóteses em que os contratos estabelecem os valores a serem adimplidos mensalmente, bem como a data final de pagamento e os eventuais acréscimos de juros e correções monetárias quando da ausência de pagamento, tem-se que o consumidor está em mora independentemente de notificação extrajudicial, nos termos do art. 397 do Código Civil.

Na hipótese de planos de saúde em que o contratante permaneça inadimplente, denota-se ser imprescindível a prévia notificação do consumidor quando se pretenda exercer a faculdade de suspensão ou rescisão unilateral nas hipóteses abrangidas pelo art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)
Parágrafo único. Os produtos de que trata o **caput**, **contratados individualmente**, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período **superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato**, desde que o consumidor seja comprovadamente **notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência**; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (grifos do autor).

Conforme previsão legal expressa, é dever da operadora, em caso de ausência de pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, comprovar de forma inequívoca que o consumidor foi notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência, com o objetivo de garantir a função social do contrato, bem como os demais direitos fundamentais.

Não obstante a disposição expressa da obrigatoriedade de notificação prévia antes da adoção de medidas drásticas, no caso de planos individuais, as operadoras, por vezes, não observam o referido dispositivo, o que pode acarretar em eventual rescisão indevida, com ulterior concessão, via judicial, do restabelecimento do plano de saúde por ausência de comprovação da notificação, conforme decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - RESTABELECIMENTO DE PLANO DE SAÚDE E REPARAÇÃO CIVIL - INADIMPLENTO - CANCELAMENTO - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - EXIGÊNCIA LEGAL - OBRIGAÇÃO NÃO ATENDIDA - DÉBITO EM ABERTO LIQUIDADO ANTES DE FULMINADO O PRAZO DE SESENTA DIAS - PENDÊNCIA INEXISTENTE - PEDIDO PROCEDENTE - DANO MATERIAL - CUSTEIO DE EXAME DE ULTRASSONOGRAFIA E CONSULTA MÉDICA - NOTA FISCAL E RECIBO - DESEMBOLSO COMPROVADO - REEMBOLSO DEVIDO - DANO MORAL - ABALO PSICOLÓGICO - OFENSA MORAL - ESPOSA GESTANTE - FRUSTRAÇÃO E RECEIO DE DANO MAIOR - PROCEDÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA. A rescisão motivada pelo inadimplemento de contraprestação de plano de saúde **deve ser precedida de notificação informativa da existência de débito, com a oportunidade de quitação, e da probabilidade de extinção caso a pendência persista**. A diligência ampara-se nos princípios da boa-fé e probidade que orientam as partes na execução dos contratos. **A juntada do aviso de recebimento desacompanhado do documento enviado não faz prova da prévia notificação. Purgada a mora no prazo de sessenta dias a contar do vencimento da respectiva contraprestação, não há falar em cancelamento do plano por inadimplência.** (...) (TJMG - Apelação Cível 1.0000.22.058475-9/000, Relator(a): Des.(a) Manoel dos Reis Morais, 20ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/07/2022, publicação da súmula em 07/07/2022) (destaquei).

A proteção, contudo, não significa que o inadimplemento seja juridicamente irrelevante. A obrigação de pagamento permanece exigível e a mora se configura pelo

vencimento não adimplido. O que a legislação restringe é o exercício imediato da faculdade de suspensão ou rescisão unilateral pela operadora.

Diante da necessidade de regulamentação dos meios e procedimentos relacionados à notificação do inadimplemento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) disciplinou a matéria por meio da Resolução Normativa (RN) nº 593/2023. A norma estabelece, entre outros aspectos, os meios de notificação, os requisitos para sua comprovação e o prazo para pagamento após a ciência do consumidor. Ausente o pagamento até o quinquagésimo dia de inadimplemento, deve ser assegurado pela operadora prazo de dez dias, contado da notificação, para que o consumidor efetue a quitação do débito, nos termos do art. 4º, § 1º, da RN nº 593/2023. Compete à operadora comprovar, de forma inequívoca, o cumprimento da diligência, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de invalidação da exclusão ou da rescisão contratual, nos termos do art. 5º, § 1º, da RN nº 593/2023.

Ou seja, realizada a notificação, deve ser assegurado ao consumidor prazo mínimo de dez dias para a quitação do débito, de modo que a comunicação não se confunde com a própria rescisão contratual. Assim, a operadora deve observar cumulativamente: (i) a existência de inadimplemento superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato; (ii) a comprovação da notificação do consumidor até o quinquagésimo dia de inadimplência; e (iii) a concessão do prazo de dez dias para quitação do débito, contado da notificação, nas hipóteses previstas na regulamentação.

Ressalta-se que esta notificação poderá ocorrer por correio eletrônico com confirmação de leitura, mensagem de texto ou aplicativos com confirmação de ciência, ligação gravada, carta com aviso de recebimento, não sendo necessária a assinatura da pessoa natural, ou com comprovante de assinatura da pessoa notificada (art. 8, da RN 593/23).

Além do meio empregado, a notificação deve permitir ao consumidor identificar o débito que fundamenta a medida e compreender as consequências da manutenção da inadimplência, assegurando-se, assim, o efetivo cumprimento da finalidade informativa da comunicação.

Ademais, a resolução normativa trouxe a necessidade da operadora do plano de saúde notificar o consumidor todas as vezes que estiver inadimplente com possibilidade de exclusão ou suspensão do benefício (art.7, da RN 593/23).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu recentemente:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO UNILATERAL. INADIMPLEMENTO. PURGAÇÃO DA MORA ANTES DA EFETIVA RESOLUÇÃO DO CONTRATO. NATUREZA ABUSIVA DO CANCELAMENTO. BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. DANO MORAL CONFIGURADO. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA RECONSIDERAR A DECISÃO AGRAVADA E, EM NOVO EXAME, CONHECER DO AGRAVO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a rescisão unilateral do contrato de plano de saúde por inadimplemento **exige o cumprimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 13, parágrafo único, II, da Lei 9.656/1998: (i) inadimplência superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência; e (ii) notificação comprovada do consumidor até o quinquagésimo dia de inadimplemento.**

2. **No caso concreto, a notificação ao consumidor foi realizada apenas no 52º dia após o vencimento da obrigação inadimplida, tornando intempestiva a comunicação e, por consequência, ilegítima a rescisão unilateral do contrato pela operadora.**

3. Quanto ao dano moral, o acórdão recorrido fixou a condenação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por autor, consignando que "a conduta da ré, ao obstar a reativação do plano durante a pandemia da Covid-19 e em relação a pessoas em idade avançada, com histórico de vínculo contínuo e adimplemento por parte dos dependentes, excedeu os limites do mero inadimplemento contratual, ocasionando angústia e insegurança capazes de configurar abalo moral".

4. Estando o acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior quanto à impossibilidade de rescisão quando purgada a mora em prazo hábil e quanto à configuração do dano extrapatrimonial, incide o óbice da Súmula 83/STJ.

5. Agravo interno provido para reconsiderar a decisão agravada e, em novo julgamento, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial. (AgInt no AREsp n. 3.106.130/AL, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/5/2026, DJEN de 22/5/2026.) (destaquei).

Isso posto, torna-se imprescindível que as operadoras de planos de saúde, nos contratos celebrados individualmente, observem a necessidade de prévia notificação do consumidor, a fim de garantir a possibilidade de quitação do débito antes da suspensão ou rescisão contratual, em razão da natureza e da relevância do serviço relacionado à saúde.

5 CONCLUSÃO

Ante a constitucionalização do direito à saúde, reconhecido como direito fundamental de natureza social, bem como a possibilidade de sua prestação pela iniciativa privada, mostra-se necessária a proteção do consumidor nas relações de assistência à saúde suplementar.



A Lei nº 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia especial responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde. No exercício de sua competência normativa, a Agência disciplinou aspectos relacionados à notificação por inadimplência, atualmente regulamentados pela Resolução Normativa nº 593/2023.

Restou demonstrado que, nas obrigações sujeitas a termo certo, a mora é, em regra, ex re, decorrendo do simples vencimento da obrigação, independentemente de interpelação do credor, nos termos do art. 397 do Código Civil. Todavia, no contrato de plano de saúde individual, embora o inadimplemento possa constituir o consumidor em mora automaticamente, a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato depende do cumprimento dos requisitos específicos previstos na legislação.

Com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às relações entre consumidores e operadoras e regulamentar os procedimentos de notificação por inadimplemento, a ANS editou a Resolução Normativa nº 593/2023, que estabelece os meios de notificação, os requisitos para sua comprovação e o prazo para purgação da mora.

Em arremate, conclui-se que a exigência da notificação prévia até o quinquagésimo dia de inadimplemento não consagra um privilégio desarrazoado ao devedor, mas sim uma condição de eficácia cogente para o exercício da rescisão contratual. Por se tratar de norma de ordem pública, revestida de densidade constitucional, sua inobservância subverte a função social do contrato de plano de saúde, cujo objeto precípua é a salvaguarda da vida e da dignidade humana.



REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. BAHIA, Cláudio José Amaral. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: Concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** 2009. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1045>>. Acesso em: 02/01/2024.

BARBOSA, Marciane da Silva. **Planos de saúde: Rescisão unilateral de contrato e a sua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do "non bis in idem".** 2016. Disponível em: <<https://unisantacruz.edu.br/revistas-old/index.php/JUSFARESC/article/view/1994>>. Acesso em: 02/01/2024.

BARROS, Márcia Cristina Cardoso de. Contratos de planos de saúde: Princípios básicos da atividade. **Série de aperfeiçoamento de magistrados 6. Judicialização da saúde- Parte 1.** Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_290.pdf>. Acesso em: 30/12/2023.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor de 11 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 26/08/2026.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/08/2026

BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos.** Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%2C%20desumano%20ou%20degradante.>> Acesso em: 02/01/2024.

BRASIL. **Lei 9656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 26/08/2026.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 26/08/2026



BRASIL. **Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2177-44.htm>. Acesso em: 26/08/2026

BRASIL. **Resolução Normativa ANS nº 593, de 19 de dezembro de 2023.** Dispõe sobre a notificação por inadimplência à pessoa natural contratante de plano privado de assistência à saúde e ao beneficiário que paga a mensalidade do plano coletivo diretamente à operadora, e cancela a Súmula Normativa nº 28, de 30 de novembro de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-ans-n-593-de-19-de-dezembro-de-2023-532155189>>. Acesso em: 26/08/2026

CABRAL UMBERLÂNDIA. **De 2010 a 2022, população brasileira cresce 6,5% e chega a 203,1 milhões.** 2023. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37237-de-2010-a-2022-populacao-brasileira-cresce-6-5-e-chega-a-203-1-milhoes>>. Acesso em: 29/12/2023.

GARCIA, Leonardo. ROCHA, Roberval. **Código de Defesa do Consumidor.** 2020. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM.

GARCIA, Leonardo. **Direito do consumidor para concurso.** 2022. Editora JusPODIVM.

_____. **Código de Defesa do Consumidor (CDC) comentado artigo por artigo.** 2023. Editora JusPODIVM.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos: Teoria e Prática.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Contratos. Teoria Geral e Contratos em Espécie.** 7ª ed. 2017. Editora JusPODIVM.

FRASÃO, GUSTAVO. **Maior sistema público de saúde do mundo, SUS completa 31 anos.** SUS é o único sistema de saúde pública do mundo que atende mais de 190 milhões de pessoas. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2021/setembro/maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo-sus-completa-31-anos>>. Acesso em: 29/12/2023.

HCENTRIX, Equipe. **Autogestão em saúde: como funciona esse modelo?** 2019. Disponível em: <<https://blog.hcentrix.com/autogestao-em-saude/>>. Acesso em: 02/01/2024.

MARQUES, Antônio Jose de Souza. ASSIS, Gilmar de. DRESCH, Renato Luís. IUNES, Roberto. **Encontro Internacional Direito a Saúde, Cobertura universal e integralidade possível.** Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2016/enc_ontro_internacional_saude/documentos/textos_referencia/00_palavra_dos_organiza_dores.pdf>. Acesso em: 26/12/2023



NETO, Roberto Grassi. **O consumidor nas relações jurídicas com as operadoras de planos privados de assistência à saúde.** 2012. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/19896167.pdf>>. Acesso em: 27/12/2023.

PENA, RODOLFO F. ALVES. **O território brasileiro é marcado pela sua grande extensão e também pela ampla diversidade natural e cultural que abriga.** Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/o-territorio-brasileiro-sua-extensao.htm>>. Acesso em: 29/12/2023.

PEREIRA, Faíse dos Santos. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional.** 2012. Disponível em: <<https://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/3930>>. Acesso em: 28/12/2023

SANTOS, Andreia Alexandra Correia dos Santos; SILVA, Shirlei Luciana Coelho e. **Inadimplência em planos de saúde.** 2015. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4937/4767>>. Acesso em: 02/01/2024.

DOLO EVENTUAL NO HOMICÍDIO DE TRÂNSITO: VALOR DISCRIMINATÓRIO DOS INDÍCIOS E PADRÃO PROBATÓRIO DA PRONÚNCIA

DOLUS EVENTUALIS IN ROAD-TRAFFIC HOMICIDE: THE DISCRIMINATIVE
VALUE OF CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE AND THE STANDARD OF PROOF FOR
COMMITTAL TO JURY TRIAL

João Pedro Nogueira Ferreira Monteiro¹

Resumo: O artigo examina a valoração, na pronúncia, dos indícios usados para distinguir dolo eventual e culpa consciente em homicídios de trânsito e o grau de suficiência exigível para submeter a imputação dolosa ao júri. A pesquisa jurídico-dogmática e qualitativa analisa julgados do Superior Tribunal de Justiça selecionados por sua relevância argumentativa, em inteiro teor quando disponível; no processo sigiloso do Informativo n. 887, restringe-se à nota oficial. Adota-se, para fins operacionais, a leitura volitiva do art. 18, I, do Código Penal. Sustenta-se que a gravidade ou a acumulação de infrações não prova o elemento subjetivo. A inferência depende da confiabilidade e comprovação das circunstâncias, de seu valor discriminatório perante hipóteses concorrentes, da independência dos elementos e do exame de contraindícios. A hipótese dolosa se fortalece quando demonstrados, no caso concreto, a percepção do perigo, a oportunidade efetiva de modificar a conduta e o prosseguimento deliberado. Propõe-se que a pronúncia exija apoio elevado à hipótese dolosa e não se funde apenas na dúvida. A desclassificação do art. 419 do Código de Processo Penal requer, ainda, convencimento sobre crime diverso da competência do júri.

Palavras-chave: dolo eventual; culpa consciente; prova indiciária; pronúncia; padrão probatório.

Abstract: This article examines the assessment, at the committal stage, of circumstantial evidence used to distinguish *dolus eventualis* from conscious negligence in road-traffic homicide, and the evidentiary support required to send an intentional-homicide charge to the jury. Its doctrinal, qualitative analysis examines decisions of Brazil's Superior Court of Justice selected for their argumentative relevance, using the full opinions when available; for the sealed proceeding in Case-Law Bulletin No. 887, it relies on the official case note. The article adopts the volitional reading of Article 18(I) of the Penal Code. It argues that neither the seriousness nor the accumulation of traffic offences proves the subjective element. The inference depends on the reliability and proof of the circumstances, their discriminative value between competing hypotheses, evidentiary independence, and countervailing evidence. The intent hypothesis is strengthened by proof of perceived concrete danger, a genuine opportunity to change course, and deliberate persistence. Committal should require strong support for intent and cannot rest on doubt alone. Reclassification under Article 419 of the Code of Criminal Procedure additionally requires a finding that an offence outside the jury's jurisdiction was committed.

Keywords: *dolus eventualis*; conscious negligence; circumstantial evidence; committal to jury trial; standard of proof.

¹ Pós-graduado lato sensu pela Escola Paulista da Magistratura. Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: jpnfmonteiro@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2013, uma condutora foi pronunciada por homicídio doloso em Santa Catarina. A decisão raciocinou do seguinte modo: testemunhas descreveram sinais de embriaguez; a perícia registrou que o veículo estava parcialmente na contramão e que não havia marcas de frenagem; logo, possivelmente em razão da redução dos reflexos causada pelo álcool, a ré invadiu a pista contrária e colidiu de frente com a vítima; e a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente caberia ao Conselho de Sentença, já que na pronúncia vigoraria o *in dubio pro societate*. O Superior Tribunal de Justiça desclassificou a conduta para o art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (REsp 1.689.173/SC).

Interessa aqui a estrutura desse raciocínio, mais do que seu desfecho. A embriaguez sustenta a explicação da invasão da contramão; a invasão é depois apresentada como circunstância que reforça a imputação dolosa; e a dúvida remanescente sobre o elemento subjetivo, em lugar de pesar contra quem acusa, autoriza a remessa ao júri. Provar a circunstância, medir o que ela demonstra e decidir se o resultado basta são operações distintas, e ali se converteram em uma só.

O problema tem duas partes: como devem ser valorados, na pronúncia, os elementos usualmente invocados nos homicídios praticados na direção de veículo automotor para distinguir dolo eventual de culpa consciente, e qual grau de suficiência probatória se deve exigir para submeter a imputação dolosa ao júri.

O objetivo é propor critérios racionalmente controláveis para valorar esses elementos e verificar se o suporte resultante satisfaz o padrão exigível. Sustenta-se, como hipótese, que a gravidade ou a quantidade das infrações não substitui a demonstração do dolo eventual, e que a força da inferência depende do grau de comprovação de cada circunstância, de seu valor discriminatório perante hipóteses concorrentes, da independência entre os elementos, da sequência temporal e dos contraindícios. No plano normativo, defende-se que a pronúncia exige apoio elevado à hipótese dolosa, e não mera possibilidade ou compatibilidade.

O núcleo do corpus jurisprudencial é formado por julgados das Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça sobre homicídio praticado na direção de veículo automotor. Precedentes gerais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal são empregados subsidiariamente, para a discussão do padrão probatório e da função da pronúncia. A seleção é qualitativa e orientada por pertinência argumentativa, não por amostragem, e o exame recaiu sobre os inteiros

teores, com uma exceção: quanto ao processo sigiloso noticiado no Informativo n. 887, a análise se limita à nota integral divulgada pelo Tribunal. Por isso, a análise não autoriza afirmações de frequência nem a qualificação das orientações como consolidadas, superadas ou pacificadas.

A contribuição pretendida é de método. Onde se pergunta se há indícios, propõe-se perguntar se cada circunstância está comprovada e o que ela demonstra, qual generalização a liga ao elemento subjetivo, se ela distingue as hipóteses rivais, se os elementos arrolados têm fontes independentes e se o apoio obtido atinge o limiar aplicável. O deslocamento converte uma divergência que hoje se resolve por fórmulas em divergência sobre premissas identificáveis e criticáveis.

2. O DOLO EVENTUAL COMO OBJETO DE INFERÊNCIA

O art. 18, I, do Código Penal define como doloso o crime em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Na formulação de Bitencourt (2009, p. 286), a segunda parte do dispositivo acolhe a teoria do consentimento. Hungria (1978, p. 116) enunciou a distinção correlata quanto à culpa consciente: há um traço comum, a previsão do resultado, e a separação está na atitude do agente diante dele, anuência de um lado, confiança na evitação de outro. Cirino dos Santos (2014, p. 134) reformula o critério em chave decisória.

Construções que reduzem o dolo ao conhecimento sustentam que a vontade nada acrescenta ao fundamento do tratamento mais severo, sendo decisiva a dimensão do perigo conscientemente criado (Greco, 2009, p. 902-903); no Brasil, a proposta foi desenvolvida por Neves (2017), e contra ela se opõem objeções de direito positivo (Batista, 2023, p. 140 e 147-148). A controvérsia não será reconstruída aqui. Para fins operacionais, adota-se a leitura volitiva do art. 18, I, segundo a qual o dolo eventual exige anuência ao resultado. A estrutura do método probatório permanece aplicável às concepções cognitivas aqui examinadas, desde que se redefina o objeto da inferência como conhecimento de perigo qualificado; essa transposição não pressupõe identidade de limiar dogmático nem de resultado nos casos concretos.

Nenhuma das opções teóricas elimina a exigência de prova, e os dois lados o reconhecem. Greco (2009, p. 897) arrola o problema de prova entre as dificuldades das teorias volitivas e registra que a existência de condenações por dolo sem confissão revela que a vontade em sentido psicológico nunca foi levada muito a sério, advertindo que sua objeção central independe disso. Batista (2023, p. 148) devolve a

dificuldade ao perguntar qual dos dois elementos deixa marcas mais perceptíveis no mundo. As concepções divergem quanto ao objeto da demonstração, não quanto à sua necessidade.

A demonstração envolve, em qualquer delas, ao menos um componente psíquico não diretamente observável, de modo que a aferição se faz por indícios. Nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal, indício é a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza concluir a existência de outra. Exigir prova direta ou confissão inviabilizaria a imputação dolosa em qualquer contexto, e o Superior Tribunal de Justiça registrou no REsp 1.689.173/SC, com Hungria, que o ânimo de matar, não sendo pesquisável no foro íntimo do agente, há de ser inferido dos elementos e circunstâncias do fato externo.

A crítica desenvolvida adiante não se dirige à inferência indiciária em abstrato, e sim a uma modalidade específica de raciocínio: aquela em que o dado invocado como indício não distingue a hipótese acusatória das concorrentes com ela igualmente compatíveis. A pergunta útil não é se a circunstância é compatível com o dolo eventual, mas quanto favorece uma hipótese em relação à outra. Uma decisão que apenas verifique compatibilidade confirma ao mesmo tempo as duas narrativas em disputa.

3. DUAS CONSTRUÇÕES CONCORRENTES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.1 A construção restritiva

A primeira construção exige circunstâncias concretas que excedam o próprio tipo culposo e submete o suporte do elemento subjetivo a controle judicial autônomo.

O critério material foi formulado no REsp 1.689.173/SC, julgado pela Sexta Turma em 2017, por maioria, vencidos os Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza de Assis Moura. Assentou-se que a embriaguez do condutor, sem o acréscimo de peculiaridades que ultrapassem a violação do dever de cuidado inerente ao tipo culposo, não serve de premissa bastante para a afirmação do dolo eventual. O item 7 da ementa recusa relegar a juízes leigos, sob a cômoda invocação do *in dubio pro societate*, a decisão sobre estado anímico cuja verificação demanda exame técnico de conceitos jurídico-penais.

A moldura fática explica a força da formulação. O exame clínico realizado pouco mais de quatro horas após o acidente não detectou sinais de alteração da capacidade

psicomotora, ao passo que testemunhas haviam descrito hálito alcoólico, fala arrastada e andar cambaleante; e o laudo esclareceu que a ausência de marcas de frenagem e a impossibilidade de fixar o ponto de impacto impediam estimar a velocidade dos veículos. O voto vencido do Ministro Nefi Cordeiro formulou, no mesmo julgamento, a construção oposta: a valoração feita na origem não lhe parecia absurda, havia indícios suficientes para aquela fase, e isso bastaria para manter a competência do júri. As duas construções aqui descritas já convivem dentro do precedente invocado como marco da orientação restritiva.

O controle processual foi construído no AgRg no AgRg no REsp 1.991.574/SP, da Quinta Turma, relatado pelo Ministro João Batista Moreira. O acórdão extraiu do art. 419 do Código de Processo Penal que não bastam as provas e os indícios de crime contra a vida e de sua autoria para a remessa ao Tribunal do Júri, sob pena de todo crime contra a vida seguir ao tribunal popular, com a desclassificação reservada exclusivamente a este. E limitou o *in dubio pro societate* à materialidade e à autoria, atribuindo ao juiz singular o dever de sopesar as provas e decidir, fundamentadamente, sobre a desclassificação. O voto condutor apresenta essa segunda proposição como argumentação plausível, ao passo que o item 9 da ementa a enuncia de forma categórica. A convergência com a tese deste artigo limita-se ao controle autônomo do dolo; a preservação do brocardo quanto aos demais requisitos não é aqui tomada como regra de suficiência.

O caso julgado ali é menos extremo do que a fórmula da ementa sugere: em curva inclinada e com tempo chuvoso, a embriaguez fora qualificada na origem apenas como provável, e o acusado socorreu as vítimas e comunicou o fato à polícia logo após a colisão.

A mesma orientação reaparece no AgRg no REsp 2.120.333/RS, em que a Sexta Turma, por unanimidade, manteve a desclassificação e fixou que a configuração do dolo eventual exige elementos concretos indicativos da assunção consciente do risco, examinando um por um os invocados na acusação. No caso, a revisão das premissas fáticas fixadas na origem também encontrava obstáculo na Súmula 7/STJ.

3.2 A construção permissiva

A segunda construção parte de premissa diversa. Havendo material que sustente com razoabilidade versões conflitantes sobre o elemento subjetivo, a



divergência deve ser dirimida pelo Conselho de Sentença, sob pena de invasão da competência que o art. 5º, XXXVIII, d, da Constituição lhe atribui.

Sua expressão mais completa entre os julgados examinados está no AgRg no AREsp 2.795.012/SP, em que a Sexta Turma, por unanimidade e após voto-vista, manteve a pronúncia. O acórdão de origem havia identificado uma sucessão de fatos: velocidade do veículo, atropelamento em faixa de pedestres, possível embriaguez, fuga do local, diversas multas anteriores por excesso de velocidade e condenação anterior por homicídio culposo no trânsito. Daí concluiu que a situação não envolvia apenas a suposta embriaguez, mas uma multiplicidade de fatores, o que produziria juízo de probabilidade mais acentuado. O voto-vista consignou que, ao contrário de certeza, o que se depreendia dos fundamentos do acórdão recorrido eram dúvidas sobre a presença do elemento subjetivo, e ainda assim manteve a remessa ao júri.

A mesma fórmula operou no AgRg no REsp 2.194.852/MG, em que a Sexta Turma, também por unanimidade, restabeleceu pronúncia desclassificada na origem. Ali, porém, ela conviveu com maior rigor material: o voto condutor identificou circunstâncias adicionais concretas, entre elas a condução prolongada em sentido proibido e o relato de testemunha ocular que, ao tentar ultrapassar o veículo, quase não conseguiu desviar, passando a buzinar, gritar, piscar o farol e acenar sem que o condutor atendesse, que prosseguiu na contramão.

A construção tem também expressão institucional. A tese 1 da edição n. 114 da Jurisprudência em Teses, disponibilizada em 16 de novembro de 2018 e atualizada em 21 de junho de 2024, enuncia que, havendo elementos nos autos indicativos de que o condutor agiu, possivelmente, com dolo eventual, o julgamento acerca da ocorrência deste ou da culpa consciente compete ao Tribunal do Júri. O periódico declara não ser repositório oficial e não tem eficácia vinculante, mas a tese não foi formalmente revista, e um trabalho que sustente orientação contrária precisa dizê-lo. Entre os julgados de apoio figura o AgRg no REsp 2.099.850/SP, cujo raciocínio se examina adiante.

3.3 Coexistência sem enfrentamento

As duas construções não correspondem a grupos estáveis de julgadores nem a uma sucessão cronológica coerente. Entre 19 de maio e 17 de junho de 2026, a Quinta Turma proferiu três acórdãos unânimes sobre o tema, com os mesmos cinco

integrantes conforme as respectivas certidões, adotando formulações que não podem ser simultaneamente verdadeiras.

No AgRg no AREsp 3.194.889/SC manteve-se a desclassificação: a embriaguez, ainda que associada a invasão de pista contrária, fuga e suposto excesso de velocidade, não constitui indício mínimo suficiente de dolo eventual, faltando circunstâncias concretas adicionais aptas a evidenciar o assentimento ao resultado. No AgRg no AREsp 3.187.917/MG restabeleceu-se pronúncia que a origem desclassificara, sob a proposição de que as dúvidas, nessa fase, resolvem-se pro societate, bastando elementos indiciários aptos a subsidiar com razoabilidade as versões conflitantes. No AgRg no HC 1.035.323/DF manteve-se a pronúncia, combinando a recusa da presunção automática fundada em embriaguez e velocidade com a afirmação de que a pronúncia é regida pelo *in dubio pro societate*, inclusive quanto ao elemento subjetivo.

As molduras fáticas diferem. Em Santa Catarina, a embriaguez repousava em garrafa e resquícios de bebida no veículo e não houve perícia sobre a velocidade. Em Minas Gerais, apoiava-se em testemunho sobre perda parcial de coordenação motora e sonolência, corroborado por imagens de câmeras, sem exame de alcoolemia e sem dado sobre velocidade. No Distrito Federal havia aferição de 130 km/h em via de 80 km/h e indícios de ingestão de álcool durante a própria condução. Os desfechos não formam comparação perfeitamente controlada.

Ainda assim, o número de indicadores não explica os desfechos: o caso catarinense reunia embriaguez, contramão, fuga e suspeita de velocidade, e foi desclassificado; o mineiro reunia menos elementos, e a pronúncia foi restabelecida. E a via processual separa menos do que parece. Apenas o caso distrital chegou por habeas corpus; os dois agravos em recurso especial são comparáveis entre si, pois em ambos o Tribunal revalorou a moldura fática da origem, tendo o julgado mineiro afastado expressamente o óbice da Súmula n. 7.

Nos casos catarinense e distrital sobreveio condenação pelo júri antes do julgamento do recurso, e o efeito atribuído a esse fato foi oposto: no primeiro, o veredito superveniente não obistou a desclassificação, por ser indevida a submissão ao júri sem comprovação bastante de dolo; no segundo, a condenação confirmaria a viabilidade da imputação e exauriria a discussão sobre a higidez da pronúncia. A situação processual explica em parte a diferença, pois no caso catarinense havia recurso cabível contra a pronúncia interposto a tempo e modo, circunstância que,

segundo o acórdão, afastava a preclusão, ao passo que no distrital a impugnação se dava por habeas corpus em contexto de condenação já proferida. A distinção não elimina a tensão entre os padrões enunciados, e nenhum dos três acórdãos menciona os outros dois.

A oscilação tampouco separa nitidamente as duas Turmas. No AgRg no AREsp 3.170.051/GO, julgado pela Sexta Turma em maio de 2026, manteve-se o critério material restritivo, mas o Tribunal reputou presentes circunstâncias concretas adicionais fixadas na origem — avanço de sinalização de parada obrigatória, colisão transversal contra motocicleta com preferência, ausência de frenagem e impacto subsequente em muro. A esse juízo somou padrão processual permissivo, segundo o qual indícios razoáveis e versões contrapostas sobre o elemento volitivo remetem a controvérsia ao júri, reservando-se a desclassificação à ausência absoluta de elementos de dolo. Exigência qualitativa de circunstâncias excedentes e limiar favorável à pronúncia convivem dentro de um mesmo julgado.

Um tribunal pode decidir diferentemente casos diferentes. O que não pode é afirmar e negar, no mesmo intervalo, que a dúvida sobre o elemento subjetivo se resolva em desfavor do acusado.

4. O CONTROLE RACIONAL DOS INDÍCIOS

4.1 Da informação probatória à hipótese: a garantia inferencial

Na exposição de Matida e Herdy (2019, p. 138), toda inferência probatória articula três elementos: a hipótese fática, as informações probatórias que lhe conferem apoio e a garantia que permite passar destas àquela. Essa garantia inferencial, ou warrant, é uma proposição de caráter geral, frequentemente implícita, que enuncia um princípio, uma regra ou uma cadeia de raciocínio.

Aplicado esse esquema ao homicídio de trânsito, o resultado do etilômetro, a estimativa pericial da velocidade e os elementos que demonstram os alertas dirigidos ao condutor podem funcionar como informações probatórias; a hipótese é a de que o agente anuiu ao resultado. Cada informação, isolada ou conjugada com as demais, somente apoia essa hipótese por intermédio de uma garantia. Quanto à percepção do perigo e à persistência da marcha, a garantia poderia ser enunciada assim: se o condutor percebe obstáculo humano concreto, dispõe de tempo e de condições materiais para reduzir a marcha ou desviar e, mesmo assim, mantém a trajetória, esse comportamento constitui razão para inferir que anuiu ao resultado. A generalização é

derrotável, e sua aplicação exige a comprovação dos fatos que compõem seu antecedente.

A comprovação dos fatos que compõem o antecedente não basta: a generalização empregada como garantia também precisa ser justificada. Matida e Herdy (2019, p. 142) situam a força da inferência na cogência da associação que fundamenta a regra de experiência e na resistência que ela apresenta a inferências rivais.

No recorte deste artigo, a aplicação desse critério exige verificar quanto cada circunstância favorece a hipótese de anuência em relação à de confiança na evitação. O resultado do etilômetro pode demonstrar com segurança a concentração de álcool sem, por si só, distinguir uma hipótese da outra. No homicídio de trânsito, não há regra suficientemente firme segundo a qual a embriaguez indique anuência ao resultado previsto, nem segundo a qual todo excesso de velocidade a revele. O art. 239 do Código de Processo Penal autoriza a passagem da circunstância conhecida e provada ao fato desconhecido, mas não predetermina a força da inferência, que não decorre da gravidade do fato-base.

4.2 Confiabilidade da fonte e grau de comprovação da circunstância

Antes de perguntar o que uma circunstância demonstra, é preciso perguntar se ela própria está demonstrada, e por qual meio. Nos julgados examinados, essa verificação prévia nem sempre aparece de modo explícito, e os inteiros teores permitem medir o custo da omissão.

No REsp 1.689.173/SC, a imputação de embriaguez convivia com exame clínico que não detectou alteração da capacidade psicomotora; no AgRg no AgRg no REsp 1.991.574/SP, o acórdão estadual a qualificara de provável; no AgRg no REsp 2.120.333/RS, apoiava-se em recipientes vazios e odor etílico, sem exame técnico. No AgRg no REsp 2.194.943/RS, os exames registraram 0,89 e 0,93 mg de álcool por litro de ar alveolar, muito acima do limite do art. 306, § 1º, I, do Código de Trânsito Brasileiro. E no AgRg no AREsp 2.795.012/SP o suporte era recibo de consumo indicando compras de bebidas que, segundo o proprietário do estabelecimento, poderiam ser alcoólicas e poderiam ter sido consumidas pelo acusado. São graus de comprovação heterogêneos, tratados nas decisões como itens equivalentes de uma lista.

O mesmo vale para a velocidade. No REsp 1.689.173/SC ela não pôde ser estimada pericialmente; no AgRg no AgRg no REsp 1.991.574/SP situava-se entre 43 km/h e 48 km/h em via de 40 km/h, e foi descrita como excessiva; no AgRg no REsp 2.194.943/RS não foi objeto de perícia nem de depoimento; no AgRg no REsp 2.120.333/RS, os 70 km/h indicados pela perícia convivem com incerteza sobre o limite da via, situado entre 40 e 60 km/h. Chamar todas essas situações de excesso de velocidade suprime diferenças de que o caso depende.

Cada circunstância ocupa, portanto, uma posição no eixo do grau de comprovação, que vai da perícia conclusiva à simples alegação, e outra no eixo do valor discriminatório, examinado adiante. Os dois são independentes: um dado pode estar plenamente comprovado e ter rendimento inferencial baixo, assim como pode ser altamente discriminatório em tese e não estar suficientemente demonstrado nos autos. Confundi-los permite que a força de um compense a fragilidade do outro, o que nenhum deles autoriza.

O grau de comprovação não é binário: o relator do REsp 1.689.173/SC observou que a embriaguez oscila entre a discreta influência da bebida e o completo estado etílico, com graus distintos de reprovabilidade. Há ainda um passo anterior. Matida e Herdy (2019, p. 150-151) tomam a embriaguez como exemplo de inferência probatória interpretativa, observando que a definição do art. 276 do Código de Trânsito Brasileiro difere do entendimento ordinário sobre o que significa estar embriagado. Quando um acórdão afirma embriaguez comprovada e outro a nega, a divergência pode ser conceitual antes de ser probatória.

4.3 Valor discriminatório perante hipóteses concorrentes

Relevância e valor discriminatório não são sinônimos: uma circunstância é relevante quando modifica racionalmente a avaliação de uma hipótese, e seu valor discriminatório será baixo quando a modificação ocorrer em medida semelhante para duas explicações rivais. A embriaguez pode elevar a plausibilidade de que o condutor tenha representado a possibilidade de acidente, e ainda assim pouco separa as hipóteses, pois tanto quem anui ao resultado quanto quem confia levemente em evitá-lo podem estar embriagados. As duas compartilham parte importante de sua descrição: em ambas o agente pode conhecer a proibição, perceber a possibilidade abstrata de morte e decidir continuar dirigindo. A velocidade é caso mais matizado. Estimativa tecnicamente segura pode demonstrar que o veículo trafegava muito acima

do limite, mas seu rendimento discriminatório depende do contexto — fluxo visível de pedestres, distância disponível, campo de visão, frenagem possível —, e a mesma velocidade é compatível com confiança temerária em pista vazia e com domínio de perigo imediato diante de aglomeração.

A categoria esclarece por que certos fatores são ambíguos, e não simplesmente fracos. No AgRg no REsp 2.194.943/RS, a densa neblina integrou a valoração feita pelo Tribunal de origem e preservada no recurso especial, entre outros fundamentos, pela incidência da Súmula 7/STJ; nessa valoração, funcionou como explicação alternativa da ultrapassagem malsucedida. A mesma visibilidade reduzida poderia, noutra leitura, operar em sentido inverso, como fator que eleva o risco conscientemente criado. O sentido do dado depende de saber se ele torna o resultado mais previsível ou apenas mais difícil de evitar, e a decisão precisa dizer qual das duas leituras adota.

Valor discriminatório não designa medida numérica nem importa adesão a modelo probabilístico específico. Não existe escala empírica validada para os indicadores de trânsito, e a categoria tampouco substitui a prova. Sua função é obrigar a motivação a explicar por que determinado dado favorece o dolo mais do que a culpa, o que permite localizar a premissa discutível e submetê-la ao contraditório.

4.4 Valoração conjunta: dependência, dupla contagem e variedade

Nenhum indício precisa provar isoladamente o dolo. Ferrer-Beltrán (2023, p. 73-74) prescreve valorar o apoio de cada elemento às hipóteses em conflito de forma individual e em conjunto, advertindo que o resultado é sempre contextual. A conjugação de dados isoladamente fracos ganha força quando torna menos plausíveis as hipóteses concorrentes, e apenas na medida em que cada premissa esteja comprovada.

A combinação precisa, porém, produzir informação nova. Ao tratar da exclusão de provas supérfluas, Ferrer-Beltrán (2023, p. 117-118) observa que a repetição de provas do mesmo tipo sobre o mesmo enunciado está sujeita a rendimento decrescente, ao passo que a redundância entre provas de tipo diverso convoca regra epistemológica distinta, segundo a qual a confirmação depende não só da quantidade de dados favoráveis, mas de sua variedade. A distinção é formulada ali para a admissibilidade; transposta à valoração, recomenda separar a multiplicação de descrições correlacionadas da convergência entre fontes independentes. O que a

decisão precisa verificar, caso a caso, é se os elementos arrolados têm fontes e conteúdos próprios ou derivam de um mesmo núcleo causal. Quando derivam, tratá-los como confirmações independentes é contar reiteradamente a mesma fonte, e a impressão de convergência pode ser efeito da decomposição verbal de um único acontecimento.

No REsp 1.689.173/SC é possível identificar a dupla contagem. A pronúncia sustentou que, possivelmente em razão da redução dos reflexos causada pela ingestão de álcool, a ré invadiu a pista contrária e colidiu frontalmente com a vítima. A invasão é, nessa cadeia, consequência inferida da embriaguez, e depois figura ao lado dela como circunstância que reforça a conclusão dolosa. O relator anotou que os dois fatores, a rigor, não estavam plenamente comprovados, e que assim mesmo se extraía deles, por si sós, a assunção do risco de matar.

O AgRg no AREsp 2.519.852/SC oferece a análise mais desenvolvida do problema. Ao cassar veredito condenatório por manifesta contrariedade à prova, a Quinta Turma verificou que os dados invocados na origem para demonstrar o excesso de velocidade — ausência de frenagem, invasão da pista contrária sem outro veículo a ultrapassar e o local ser reta com boa visibilidade — não diziam respeito à velocidade, mas à perda do controle da direção, em tudo compatível com a embriaguez já reconhecida. O voto condutor recusou o que chamou de forma holística de raciocínio probatório, por ignorar que cada fato e cada elemento do crime precisam ter suporte específico nas provas, sendo inviável presumir a comprovação de qualquer deles apenas porque faz sentido ou não diverge das provas existentes.

O julgamento se deu por maioria, e o voto vencido da Ministra Daniela Teixeira enfatizou a soberania dos veredictos, a cognição já exaurida na pronúncia e a existência de quadro probatório mais amplo. A fase era diversa: controle de veredito manifestamente contrário à prova, com determinação de novo júri. Aproveita-se a estrutura do raciocínio, não o padrão de revisão nem a consequência processual. A recusa não alcança a valoração conjunta, e sim a pretensão de que o conjunto supra a falta de suporte específico para cada fato que o compõe.

Inversão semelhante da cadeia inferencial ocorreu no AgRg no REsp 2.099.850/SP, em que o acórdão estadual reconheceu que a perícia não verificara o excesso de velocidade e, ainda assim, considerou que os jurados poderiam tê-lo por presente, porque, na velocidade alegada, o condutor não teria motivo para derivar à contramão ao aproximar-se do radar. A velocidade é inferida do desvio, o desvio é em

seguida arrolado como circunstância autônoma, e o conjunto é apresentado como suporte do dolo. A conclusão retorna à premissa que deveria demonstrá-la.

A diferença não é quantitativa. Avistar obstáculo humano, receber sinais inequívocos, dispor de tempo físico para reduzir a marcha e, ainda assim, manter a trajetória não são várias imprudências colocadas lado a lado: descrevem oportunidades sucessivas de revisão da conduta depois da concretização do perigo. O valor discriminatório não está na continuidade isolada, também compatível com a culpa consciente, mas no grau em que essas advertências e oportunidades reais de reação tornam menos plausível, no caso concreto, a confiança na evitação.

4.5 Os indicadores usuais

Os indicadores podem ser ordenados segundo sua função inferencial: condições antecedentes do agente ou do veículo, como embriaguez, ausência de habilitação e histórico administrativo; modo de condução, como velocidade, trajetória, ultrapassagens e disputa automobilística; relação do condutor com perigo já concretizado, como visibilidade da vítima, alertas recebidos, quase acidentes, frenagem disponível e persistência da marcha; e comportamentos posteriores ao resultado.

Condições antecedentes podem explicar a criação do risco. Seu valor para distinguir a atitude assumida diante dele depende de vínculo concreto com a percepção do perigo e a continuidade da conduta. A ausência de habilitação descreve um déficit de autorização administrativa anterior à condução, não uma posição do agente perante perigo determinado; quando documentalmente comprovada, pode ocupar posição alta no eixo da comprovação e baixa no da discriminação — como reconheceu o AgRg no REsp 2.120.333/RS, ao consignar que a falta de habilitação, embora reprovável, não indica isoladamente assunção do risco.

Antecedentes e autuações não demonstram, por si, a atitude assumida no episódio, e não podem funcionar como prova de caráter ou de propensão. Sua eventual relevância exige vínculo específico com o perigo concreto, como advertência anterior sobre defeito conhecido ou repetição imediata da mesma situação. O acórdão estadual mantido no AgRg no REsp 2.099.850/SP tomou caminho diverso, ao afirmar que a condição de contumaz violador das normas de trânsito poderia compor o conjunto caracterizador do dolo eventual — quando o mesmo acórdão registrara dado contemporâneo de outra natureza, a possível tentativa de evitar autuação por radar

situado cerca de noventa metros à frente, que descreve o motivo da manobra e poderia sustentar a pronúncia sem converter o histórico em indicador de dolo.

O modo de condução ganha força conforme se aproxima de perigo determinado. Na disputa automobilística, o rótulo pode substituir a análise: o valor discriminatório da corrida não autorizada está na criação deliberada de risco extraordinário sobre um círculo determinado de pessoas expostas. Que o rótulo não decide resulta do direito positivo, pois o art. 308, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro condiciona a figura qualificada pelo resultado a que as circunstâncias demonstrem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo — de onde se extrai que a morte em competição não autorizada comporta qualificação não dolosa.

O terceiro grupo tende a reunir indicadores de maior capacidade discriminatória, e o REsp 1.689.173/SC forneceu dele lista exemplificativa: dirigir muito acima do limite, fazer propositalmente ziguezague, realizar sucessivas ultrapassagens perigosas, desrespeitar semáforo vermelho, colocar o veículo em rota de colisão apenas para assustar terceiros, passar tirando fino e frear em seguida. Em graus diferentes, esses exemplos aproximam a conduta de um perigo determinado ou revelam persistência deliberada em risco extraordinário. A enumeração não dispensa, porém, a prova da percepção do perigo e da oportunidade de rever a conduta no caso concreto.

O quase acidente anterior à colisão fatal é o representante mais expressivo do grupo, porque estabelece a um só tempo que o perigo deixou de ser abstrato, que houve oportunidade de percepção e que a conduta prosseguiu depois. Sua força depende da prova da percepção: um quase acidente que o agente não notou demonstra o perigo, não a decisão. Por isso importa que, no AgRg no REsp 2.194.852/MG, ele tenha vindo acompanhado de buzinas, sinais de farol, gritos e acenos, dirigidos à percepção — conjunto cuja força probatória, por repousar em uma única testemunha ocular, depende da qualidade concreta do depoimento e não pode ser graduada apenas pelo número de fontes.

Prestam-se, assim, à demonstração do elemento subjetivo, quando conjugados e comprovados, a manutenção da marcha após a percepção de perigo concreto, o avanço voluntário contra bloqueio ou aglomeração visível, a condução prolongada na contramão e a reiteração da conduta após primeiro abalroamento. A ausência de frenagem integra o conjunto apenas quando houver base para afirmar que existiam

tempo, distância, capacidade de reação e condições mecânicas para frear. Não se exige vítima individualizada, pois o dolo eventual alcança pessoa indeterminada.

Os comportamentos posteriores pertencem a categoria distinta. Fuga e omissão de socorro podem revelar medo da responsabilização, desorganização emocional ou indiferença depois do resultado, e nenhuma dessas possibilidades prova anuência anterior — como consignou o AgRg no AREsp 2.519.852/SC, a tentativa de fuga é posterior aos fatos e não permite concluir logicamente que o réu agiu com dolo. A ambivalência é simétrica: socorro e comunicação à polícia tampouco demonstram, por si, a ausência de dolo.

4.6 Contraindícios e explicações alternativas

Examinar apenas os dados favoráveis à acusação deixa a comparação incompleta. Os fatos menos esperáveis sob a hipótese de anuência não demonstram necessariamente uma hipótese não dolosa, mas reduzem o apoio conferido à dolosa. Frenagem, manobra evasiva, autoexposição e socorro não são regras absolutas de exclusão do dolo eventual, já que o agente pode aceitar resultado que também o ponha em risco; a compatibilidade lógica não elimina, porém, o valor probatório.

O AgRg no AgRg no REsp 1.991.574/SP mostra como o exame deve ser conduzido. O relator enumerou os fatores que poderiam explicar a perda de controle na forma culposa, entre eles a desatenção e a letargia provocadas pelo álcool, o sono depois de uma noite sem dormir, a imperícia do condutor, a chuva e as irregularidades da pista, e só depois de percorrê-los concluiu pela insuficiência do suporte doloso. A fundamentação racional exige esse percurso, que a enumeração de indícios acusatórios não substitui.

Duas decisões ilustram tratamentos menos cuidadosos. No AgRg no AREsp 2.795.012/SP, a defesa sustentou, nas razões do recurso em sentido estrito, que a comanda não registrava bebidas alcoólicas e que o proprietário do estabelecimento afirmara que o acusado não consumia álcool por estar em tratamento médico; a alegação foi registrada no acórdão, mas a tensão não recebeu solução probatória substantiva, e a possível ingestão permaneceu no conjunto como fator não exclusivo. No AgRg no REsp 2.099.850/SP, a hipótese não dolosa aventada pela defesa, um mal súbito, foi afastada porque nada nos autos a reforçava. Rejeitar alternativa desprovida de apoio é legítimo, e hipóteses abstratas não impedem a pronúncia. A passagem, contudo, desloca o foco para a prova positiva do mal súbito antes de

explicitar se, independentemente dessa hipótese, o apoio acusatório ao dolo atingiu o limiar exigível.

A ausência de contraindício também não funciona como confirmação autônoma do dolo. Se não houve frenagem comprovada, ainda será necessário saber se havia tempo e possibilidade física de frear. Quanto à autoexposição, ela opera como contraindício de força variável, mais forte quando a conduta expõe o agente a risco equivalente ao que impõe a terceiros, mais fraca na hipótese inversa, já que o ocupante de veículo de grande porte pode impor a pedestres perigo muito superior ao que assume.

4.7 Roteiro de fundamentação para os casos-limite

As exigências anteriores podem ser ordenadas em um roteiro de motivação, que serve também para tornar controlável o padrão examinado na seção seguinte. A decisão deve formular a hipótese dolosa e as alternativas não dolosas efetivamente apoiadas nos autos; identificar os fatos-base e examinar a confiabilidade de suas fontes; separar indicadores autônomos de descrições redundantes do mesmo acontecimento; explicar a capacidade discriminatória de cada indicador, e não sua mera compatibilidade com o dolo; reconstruir a sequência temporal, inclusive a percepção do perigo e a possibilidade física de alterar a conduta; enfrentar contraindícios e lacunas relevantes; e demonstrar por que o apoio final é elevado, e não apenas superior ao de uma alternativa isoladamente considerada.

Preferência comparativa e suficiência não se confundem: a hipótese dolosa pode parecer melhor que uma narrativa rival e ainda permanecer abaixo do limiar exigido para a pronúncia. Expressões como imprudência extrema, indiferença ou desprezo pela vida não substituem nenhuma das operações do roteiro e precisam ser traduzidas em fatos capazes de sustentá-las, com indicação da garantia que ligaria a gravidade da conduta à anuência ao resultado. Os casos duvidosos não desaparecem, mas a decisão tomada dentro deles fica sujeita a controle.

5. O PADRÃO PROBATÓRIO DA PRONÚNCIA

5.1 Valoração e suficiência: planos distintos

Ferrer-Beltrán (2023, p. 67, 76) distingue a formação do conjunto de elementos de juízo, sua valoração e a decisão. A valoração atribui grau de confirmação às

hipóteses em conflito; a decisão verifica se esse grau satisfaz o *standard* de prova aplicável.

Badaró (2019, p. 235-236) converge: a probabilidade lógica nada diz sobre o grau de confirmação necessário para se considerar provada a hipótese fática, sendo preciso uma regra que o estabeleça, e é isso que os *standards* de prova fazem.

Valorar significa determinar quanto o material disponível favorece cada hipótese. Decidir significa verificar se esse apoio é suficiente para a consequência jurídica pretendida. Uma prova pode ser relevante para o dolo e ainda assim não elevá-lo ao patamar necessário à pronúncia. Saltar da existência de elementos indicativos para a pronúncia apaga a etapa de valoração e transforma relevância em suficiência.

5.2 Os arts. 413, 414, 415 e 419 do Código de Processo Penal

O art. 413 do Código de Processo Penal condiciona a pronúncia ao convencimento sobre a materialidade e à existência de indícios suficientes de autoria ou participação. A fórmula do *in dubio pro societate* não encontra assento no texto legal vigente e, aplicada ao elemento subjetivo, produz resultado singular: a dúvida sobre se o agente aceitou o resultado, que é a dúvida sobre a própria existência do crime doloso, resolve-se em desfavor do acusado.

A tipologia de Matida e Herdy (2019, p. 139-140) permite formular o problema. Uma inferência probatória é epistêmica quando a garantia se funda em regra da experiência, e sua força está na cogência dessa regra; é normativa quando se funda em regra jurídica, e sua força vem do caráter autoritativo do direito. O *in dubio pro societate* pretende atuar como regra normativa de julgamento, equiparando, para fins de pronúncia, dolo não demonstrado com suficiência a dolo presente. Falta-lhe a regra jurídica autoritativa que sustentaria essa passagem; como inferência epistêmica, tampouco há regra de experiência que ligue a dúvida sobre o dolo à sua provável existência.

Badaró (2019, p. 239) observa, ademais, que primeiro se apresenta a questão do *standard* e só depois, não alcançado ele, incide a regra do ônus. O brocardo inverte a ordem: opera como regra de julgamento antes de qualquer verificação de suficiência, e a favor de quem tem o ônus.

A recusa dessa fórmula foi assentada no REsp 2.091.647/DF, que distingue a dúvida sobre a autoria, dirimida ao final pelos jurados quando existentes indícios

suficientes, da dúvida quanto à própria presença desses indícios, chamada metadúvida, resolvida em favor do réu na pronúncia. O caso versava homicídio com arma de fogo e discutia participação. O brocardo já fora recusado no ARE 1.067.392/CE, antecedente menos favorável à tese aqui defendida do que parece: o Supremo Tribunal Federal assentou que a pronúncia requer preponderância de provas produzidas em juízo, nos termos do art. 414, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça situou o patamar acima da preponderância.

Os arts. 414 e 419 exigem distinção que a prática omite. A impronúncia pressupõe insuficiência da prova da materialidade ou dos indícios de autoria, e seu parágrafo único admite nova denúncia havendo prova nova. A desclassificação opera em plano diverso: materialidade e autoria permanecem demonstradas, e o crime que delas emerge é outro, estranho à competência do júri. A insuficiência da hipótese dolosa impede que a pronúncia se sustente apenas na dúvida, mas não determina automaticamente a desclassificação. Esta exige convencimento positivo acerca da existência de crime diverso da competência do júri — no recorte examinado, homicídio culposo na direção de veículo automotor. A impronúncia e a absolvição sumária, por sua vez, dependem dos pressupostos dos arts. 414 e 415.

Resta uma hipótese que a disciplina legal não soluciona expressamente: materialidade e autoria demonstradas, dolo aquém do limiar, ausência de convencimento quanto à culpa e inexistência de causa do art. 415. Seu tratamento geral excede o objeto deste artigo. Para os fins deste recorte, basta assentar que a insuficiência do dolo não autoriza a pronúncia fundada na dúvida nem produz automaticamente a desclassificação.

A leitura oposta aparece em estado explícito na sentença de pronúncia restabelecida pelo AgRg no AREsp 3.187.917/MG, segundo a qual a desclassificação exigiria certeza da ausência de intenção de matar, difícil de obter em fase que não admite aprofundamento na prova; não estando comprovado que o agente atuou sem animus necandi, aplicar-se-ia o *in dubio pro societate*. No AgRg no AREsp 2.795.012/SP, o acórdão de origem chegou a resultado equivalente por via do verbo convencer-se, empregado no art. 419. Essa leitura inverte a estrutura do ônus, porque exige do juiz certeza sobre a hipótese não dolosa para afastar a dolosa, quando o que o art. 413 lhe pede é verificar se a hipótese dolosa alcançou o grau de apoio exigido. O objeto do ônus é positivo e recai sobre a acusação por força da presunção de

inocência e da estrutura acusatória do processo, em consonância com a regra geral do art. 156, caput, do Código de Processo Penal.

5.3 Elevada probabilidade quanto ao dolo

O padrão exigível quanto à autoria tem apoio doutrinário anterior à sua formulação jurisprudencial. Badaró (2019, p. 240, nota 396) arrola os modelos de constatação em uso no processo penal brasileiro e situa entre eles a pronúncia, observando que o art. 413 exige indícios suficientes, no plural, ao passo que a prisão preventiva se contenta com indício suficiente, no singular; varia, portanto, o grau exigido, e ao longo da persecução há formulação progressiva de juízos sobre o mesmo tema, da simples possibilidade à probabilidade até a certeza. O mesmo autor (Badaró, 2019, p. 242-244) apresenta a *clear and convincing evidence* como padrão intermediário, correspondente a probabilidade reforçada, acima da simples preponderância, e admite que os indícios suficientes de autoria exigidos para a pronúncia possam ser considerados probabilidade elevada identificada com esse parâmetro — proposição enunciada em termos facultativos e restrita à autoria.

Nogueira (2012, p. 178-179) foi além e concluiu, mais de uma década antes do Superior Tribunal de Justiça, que a probabilidade da prova da autoria para a pronúncia não pode ser outra senão a elevada, correspondente àquele parâmetro. Foi essa a construção que o REsp 2.091.647/DF acolheu, invocando-a nominalmente e situando o limiar entre a preponderância, típica do recebimento da denúncia, e a certeza além de dúvida razoável, exigida para a condenação, com apoio na tendência ascendente dos padrões e na função de distribuir o risco de erro.

A extensão desse padrão ao elemento subjetivo não foi decidida por essas fontes e constitui proposta normativa deste artigo. Autoria ou participação e dolo são pressupostos necessários da mesma decisão de pronúncia. O erro positivo sobre qualquer deles submete indevidamente o acusado ao júri; no caso do dolo, admite como presente, sem apoio suficiente, o pressuposto fático que atrai a competência constitucional do tribunal popular. Como a presunção de inocência atribui à acusação o risco da insuficiência probatória, a maior dificuldade de demonstrar um estado psíquico não justifica limiar inferior. Embora a expressão “indícios suficientes” esteja textualmente vinculada à autoria ou participação, a rejeição da mera possibilidade oferece parâmetro que se propõe transpor, no mesmo grau, ao dolo.

Prefere-se, por isso, o controle autônomo do elemento subjetivo à sua incorporação à materialidade, caminho sugerido no voto-vista do Ministro Joel Ilan Paciornik no AgRg no AgRg no REsp 1.991.574/SP, tal como reproduzido no voto condutor do AgRg no REsp 2.194.943/RS. Materialidade, no art. 413, pode significar apenas prova da existência do fato, resultado e nexos, sem abranger a classificação jurídica definitiva. Submeter o dolo ao juízo de certeza próprio da materialidade o tornaria, ademais, mais exigente do que a autoria, satisfeita por indícios suficientes.

Um padrão expresso apenas por adjetivos permanece vulnerável à manipulação, e é o roteiro do item 4.7 que lhe dá conteúdo verificável. Elevada probabilidade não corresponde a percentual fixo — Badaró (2019, p. 243) recusa a conversão dos padrões em percentuais e admite gradação não numérica —, nem pode significar qualquer plausibilidade acima da especulação. A dúvida relevante é a que subsiste depois da valoração integral: hipóteses meramente abstratas não impedem a pronúncia; hipóteses não dolosas apoiadas nos próprios fatos do processo precisam ser confrontadas.

5.4 A consequência processual

Contra o que se sustentou até aqui opõe-se uma objeção institucional. O Informativo de Jurisprudência n. 887 noticiou julgado unânime da Quinta Turma, proferido em processo sob segredo de justiça, segundo o qual é vedado ao tribunal de segundo grau afastar, mediante análise aprofundada e exauriente das provas, a possibilidade de dolo ou de culpa e desclassificar o crime doloso contra a vida. No plano normativo, o precedente contraria a tese aqui defendida ao afirmar que dúvidas razoáveis sobre a configuração do dolo se resolvem *pro societate* e ao reservar ao júri a definição em hipóteses limítrofes.

No plano do caso concreto, porém, não houve juízo positivo pela existência de crime culposos: o tribunal de origem afastara tanto o dolo quanto a culpa e atribuíra o resultado à culpa exclusiva da vítima, solução que o Superior Tribunal de Justiça qualificou como juízo absolutório antecipado. O precedente não constitui, assim, exemplo direto de desclassificação fundada no art. 419, embora permaneça como contraorientação relevante quanto ao padrão probatório.

A objeção parte de distinção correta: o controle de admissibilidade não se confunde com o juízo exauriente de mérito, e o juiz da pronúncia não decide qual hipótese é verdadeira. Seu alcance, porém, é menor do que parece, porque não se

exige dele certeza sobre a inexistência do dolo, e sim a constatação de que os elementos disponíveis não atingem o grau de corroboração que a submissão ao júri reclama. O próprio REsp 2.091.647/DF respondeu ao ponto: a recusa do *in dubio pro societate* não viola a soberania dos veredictos nem usurpa a competência dos jurados, que só se inaugura na segunda etapa do procedimento bifásico. No mesmo sentido o AgRg no REsp 2.120.333/RS.

Convencido de que o fato é culposos, o juiz não absolve nem pronuncia: desclassifica e remete os autos ao juízo competente. A diferença em relação à desclassificação em plenário, admitida pelo art. 492, § 1º, não é apenas topográfica: pronunciar por dolo eventual quando os autos não o sustentam submete o acusado ao julgamento perante o júri para que somente então se reconheça, eventualmente, o que já era reconhecível antes.

6. CONCLUSÃO

Quanto à valoração, cada circunstância precisa ser localizada no grau em que está comprovada e no grau em que separa a hipótese de anuência da de confiança na evitação. A confusão entre as duas dimensões permite que um dado bem provado, mas inexpressivo, e um dado expressivo, mas mal provado, sejam somados como equivalentes. Resta verificar, sobre o conjunto, se os elementos têm fontes próprias ou derivam de um mesmo núcleo causal, se descrevem a origem da conduta ou a resposta a perigo já concretizado, e se os contraindícios receberam alguma função na fundamentação.

Quanto ao grau de suficiência, sustenta-se que a pronúncia reclama apoio elevado à hipótese dolosa, e não mera possibilidade, compatibilidade ou dúvida abstrata. A transposição, ao elemento subjetivo, do padrão de elevada probabilidade fixado para a autoria é proposta normativa deste artigo, não descrição de jurisprudência assentada. Não alcançado esse apoio, a pronúncia não pode sustentar-se na dúvida, e a desclassificação do art. 419 depende de convencimento positivo quanto a crime diverso da competência do júri.

Há orientação contrária expressa em julgados recentes das duas Turmas com competência criminal e na tese 1 da edição n. 114 da Jurisprudência em Teses, ainda não formalmente revista. O REsp 1.689.173/SC, tomado neste estudo como marco da orientação restritiva, foi decidido por maioria, contra voto que aplicava a construção



oposta. A controvérsia não está resolvida. Este artigo oferece razões para decidi-la em determinado sentido e critérios que tornam a escolha controlável.



REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BATISTA, Nilo. Dolo sem vontade?! **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 197, ano 31, p. 139-154, jul./ago. 2023. DOI: <<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v197i197.503>>.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 24 set. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.519.852/SC**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado, por maioria, em 3 set. 2024, DJe 9 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.795.012/SP**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado, por unanimidade, em 11 mar. 2025, DJEN 21 mar. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 3.170.051/GO**. Relator: Ministro Carlos Pires Brandão, Sexta Turma, julgado, por unanimidade, em sessão virtual de 14 a 20 maio 2026, DJEN 25 maio 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 3.187.917/MG**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado, por unanimidade, em 16 jun. 2026, DJEN 24 jun. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 3.194.889/SC**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado, por unanimidade, em 19 maio 2026, DJEN 26 maio 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.991.574/SP**. Relator: Ministro João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 3 out. 2023, DJe 8 nov. 2023.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 1.035.323/DF**. Relatora: Ministra Maria Marluce Caldas, Quinta Turma, julgado, por unanimidade, em 17 jun. 2026, DJEN 22 jun. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.099.850/SP**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado, por unanimidade, em 11 dez. 2023, DJe 19 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.120.333/RS**. Relator: Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador convocado do TJSP), Sexta Turma, julgado, por unanimidade, em 13 ago. 2025, DJEN 18 ago. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.194.852/MG**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado, por unanimidade, em 1º out. 2025, DJEN 7 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.194.943/RS**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado, por unanimidade, em 14 maio 2025, DJEN 19 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**, edição n. 114: Legislação de trânsito II — Dos crimes de trânsito. Brasília, DF, 16 nov. 2018, atualizada em 21 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo em segredo de justiça**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado, por unanimidade, em 15 abr. 2026, DJE 22 abr. 2026. Informativo de Jurisprudência n. 887, 5 maio 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.689.173/SC**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado, por maioria, em 21 nov. 2017, DJe 26 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2.091.647/DF**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26 set. 2023, DJe 3 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.067.392/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado, por maioria, em 26 mar. 2019, DJe 2 jul. 2020.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: **LIBER Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário**: estudos de direito e filosofia. Coimbra: Almedina, 2009. p. 885-903.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.



MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019. Publicado originalmente in: CUNHA, José Ricardo (org.). Epistemologias críticas do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 209-237.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **O dolo como inferência: uma contribuição para o dolo sem vontade**. 2017. 409 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.



A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO TRATAMENTO

CONFERIDO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

THE LEGISLATIVE AND JURISPRUDENTIAL EVOLUTION OF THE TREATMENT
GIVEN TO UNCONSTITUTIONAL RES JUDICATAHelena Delgado Malvaccini Mendes¹

Resumo: Este trabalho analisa a evolução legislativa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a coisa julgada inconstitucional, investigando a tensão entre a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Por meio de análise histórico-dogmática da legislação e dos precedentes, examina-se a transição do regime do CPC/73 para o CPC/15, bem como a sistemática dos Juizados Especiais Cíveis (Tema 100). Os resultados revelam que, nos julgamentos da AR 2.876/DF e da ADPF 615/DF, o STF superou a exigência de anterioridade do precedente para a alegação de inexigibilidade de título judicial. Conclui-se que o Tribunal, embora tenha flexibilizado a imutabilidade das decisões em prol da integridade constitucional, mitigou a instabilidade do sistema ao deslocar a proteção da segurança jurídica para institutos como a preclusão, a modulação de efeitos, a aplicação analógica de uma trava temporal de cinco anos para a retroatividade e a cessação prospectiva em relações de trato sucessivo (Temas 881 e 885).

Palavras-chave: Coisa Julgada Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal. Inexigibilidade de Título. Trava Temporal Quinquenal.

Abstract: This paper analyzes the jurisprudential evolution of the Brazilian Supreme Federal Court (STF) regarding unconstitutional res judicata, investigating the tension between legal certainty and constitutional supremacy. Through a historical-dogmatic analysis of legislation and precedents, it examines the transition from the CPC/73 to the CPC/15 framework, as well as the system of Small Claims Courts (Topic 100). The results reveal that, in the rulings of AR 2.876/DF and ADPF 615/DF, the STF overcame the requirement of temporal anteriority of the paradigm precedent to raise a judicial title's inexigibility. It concludes that the Court, while rendering res judicata more permeable in favor of constitutional integrity, mitigated systemic instability by shifting legal certainty guarantees to instruments such as preclusion, the modulation of effects, a jurisprudential five-year retroactive cap, and the prospective cessation of effects in successive tax relations (Temas 881 and 885).

Keywords: Unconstitutional Res Judicata. Supreme Federal Court. Inexigibility of Judicial Title. Five-Year Retroactive Cap.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a possível tensão havida entre a coisa julgada, erigida a posição de verdadeiro fundamental, nos termos do art. 5º, XXXVI, Constituição Federal de 1988 (CF/88), e o princípio da supremacia da Constituição, na hipótese em que a primeira recaia sobre decisão que conflite com a interpretação

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

adotada pelo Supremo Tribunal Federal. É dizer, enquanto a primeira milita em favor da imunização do provimento e das posições jurídicas dele decorrentes, tornando-os imutáveis e indiscutíveis, a teor do art. 502, Código de Processo Civil (CPC), a força normativa emanada do texto constitucional recomendaria o seu desfazimento.

Dada a grandeza constitucional do tensionamento, que contrapõe valores igualmente caros ao ordenamento, quais sejam, a segurança jurídica, a estabilização das relações sociais e confiança do jurisdicionado em favor de quem operado o efeito preclusivo máximo, por um lado, e, de outro, a concretização da normatividade constitucional, busca-se analisar o tratamento, legislativo e jurisprudencial, conferido à matéria. Para tanto, tendo-se como ponto de partido, as soluções positivadas pelo CPC/73, mais especificamente a partir das alterações nele promovidas pela Medida Provisória 2.180-35/01 e pela lei 11.232/05, e pelo CPC/15, são elas contextualizadas à luz dos precedentes vinculantes do STF, inclusive observada a profunda facilitação no que concerne à rescisão da coisa julgada, estabelecida por ocasião do julgamento da Questão de Ordem na Ação Rescisória 2.876/DF, e consolidada no julgamento da ADPF 615/DF.

2. O REGIME DO CPC/73: DA AÇÃO RESCISÓRIA À INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO

Sob a égide da redação original do CPC/73, a coisa julgada material tinha, na ação rescisória, então disciplinada nos arts. 485 a 495, o único instrumento possível de desconstituição, limitado o seu ajuizamento, em termos temporais, ao prazo decadencial de 2 anos, a contar do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Expirado o biênio, a imutabilidade e a indiscutibilidade seriam qualificadas, sem qualquer possibilidade de desfazimento.

Não estabelecida qualquer disciplina específica para os vícios de inconstitucionalidade, a eles seria de se aplicar a mesma lógica incidente sobre os vícios de ilegalidade, com a invocação do inciso V do art. 485, CPC/73, sob o argumento de violação literal a disposição de lei. Em reforço, a orientação firmada pelo STF por ocasião do Tema 733, RE 730.462, 2015: declarada a inconstitucionalidade do preceito normativo sobre o qual fundamentada a decisão definitiva, daí não decorreria, de forma automática, sua rescisão ou reforma, sendo indispensável a propositura da ação rescisória, observado o prazo decadencial. Porventura já houvesse decorrido, in albis, a estabilização, mesmo em se tratando de

conteúdo inconstitucional, ter-se-ia por reforçada, sem qualquer possibilidade de seu afastamento.

Por isso, no caso apreciado, em que se pleiteava a fixação de honorários, diante do reconhecimento da inconstitucionalidade, na ADI 2.736, da norma proscritiva prevista no art. 29-C, lei 8.036/90, foi a pretensão afastada, sob o argumento de que o efeito vinculante da decisão adotada no controle concentrado apenas atinge os atos administrativos e judiciais que lhe sejam supervenientes. É dizer, na esteira do voto do Relator, Min. Teori Zavascki, a eficácia normativa, consistente na extirpação, com efeitos ex tunc, da norma tida por inconstitucional, não se confundiria com a eficácia executiva ou instrumental, de caráter prospectivo. Neste contexto, formado o título, sem o arbitramento de honorários, nos termos da isenção conferida pelo dispositivo posteriormente declarado inconstitucional, o pronunciamento posterior do STF não é capaz, por si só, de eliminar todo o conteúdo eficácia produzido durante a sua vigência, mantidas as situações acobertadas pela coisa julgada, enquanto não rescindida.

Ocorre que esta rígida sistemática, marcada por marcos temporais inflexíveis e pelo monopólio da ação rescisória enquanto mecanismo desconstitutivo, foi modulada, em um primeiro momento, pela MP 2.180-35/01: introduzido o parágrafo único ao art. 741, CPC/73, passou-se a admitir, nas execuções contra a Fazenda Pública, a arguição, em sede de defesa, dispensado o manejo da rescisória, de inexigibilidade do título exequendo, quando fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Estendido o mecanismo impugnativo às execuções em geral pela lei 11.232/05, mediante a inclusão do §1º ao art. 475-L, implementou-se uma profunda alteração processual, porquanto transferido, ao campo da exigibilidade, um vício material que, até então, desafiava impugnação por ação desconstitutiva própria.

A técnica, contudo, porque rompendo com a exclusividade funcional da ação rescisória como única via conducente à paralisação de efeitos dos títulos judiciais, foi alvo de vívidas controvérsias, sobre as quais se debruçou o STF no julgamento do Tema 360, RE 611.503, 2018. Neste, entendeu-se que a coisa julgada, embora ostentasse centralidade sistêmica enquanto mecanismo de estabilização das relações sociais, inclusive alçada à posição de direito fundamental (art. 5º, XXXVI, CF), não seria absoluta, sem que o reconhecimento de sua inexigibilidade, por vias diversas da rescisão, fosse, por si só, atentatório ao seu núcleo (art. 60, §4º, IV, CF). Por outro

lado, a supremacia da Constituição tampouco deveria autorizar um permanente estado de revisibilidade das decisões judiciais, de forma a não comprometer, severamente, a estabilidade e a pacificação social.

A solução, então, passou pela delimitação da inexigibilidade aos vícios de inconstitucionalidade qualificados, caracterizados tanto caso a sentença exequenda seja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar a norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com sentido inconstitucionais, quanto se tiver deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional.

Ainda, promoveu-se um avanço relativamente à base textual dos arts. 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, CPC/73, com a incorporação de uma condição temporal não expressamente estabelecida nos dispositivos, porém posteriormente incorporada nos arts. 525, §14, e 535, §7º, CPC/15. Isto é, em que pese, sob a égide do CPC/73, a inexigibilidade não estivesse textualmente vinculada a quaisquer marcos temporais, entendeu-se que, para fins de seu reconhecimento, o julgamento do STF deveria ser anterior ao trânsito em julgado da sentença exequente. Nestes termos, para além da contrariedade material ao precedente firmado, a qualificação do vício dependeria de que fosse ele congênito, ou seja, de que fosse o ato decisório, já ao tempo de sua formação, contrário à interpretação conferida pelo STF à ordem constitucional.

Fosse o vício posterior, diante da superveniência do precedente do STF relativamente ao trânsito em julgado da decisão na qual aplicada norma inconstitucional ou na qual inaplicada norma constitucional, o único mecanismo adequado consistiria na ação rescisória, sujeita ao prazo extintivo decadencial bienal. Eventualmente, ao tempo da formação da orientação pelo STF, já houvesse decorrido o lapso, ter-se-ia por consolidada a coisa julgada, com a perenização dos efeitos do ato decisório, independentemente de sua desconformidade com o parâmetro decisório tido por constitucional.

Em termos de interação entre os princípios colidentes, a saber, a supremacia da Constituição, de um lado, e os valores de estabilização, segurança e confiança albergados pela coisa julgada, de outro, constata-se o início de uma tendência, posteriormente reforçada, de cedência destes últimos, comparativamente ao cenário até então delineado. Se, em um primeiro momento, eram os vícios de inconstitucionalidade, para os propósitos rescisórios, plenamente equiparados aos de legalidade, na forma do art. 485, V, CPC/73, passou-se a admitir, a partir da interpretação conferida no Tema 360, STF, aos arts. 741, parágrafo único, e 475-L,

§1º, CPC/73, que os provimentos congenitamente inconstitucionais tivessem a sua exigibilidade afastada. Àqueles que apenas supervenientemente revelassem-se contrários ao ordenamento constitucional, contudo, preservada a exclusividade da ação rescisória, inclusive no que concerne ao prazo para seu manejo.

3. O REGIME DO CPC/15: A CRIAÇÃO DE UM REGIME ESPECÍFICO PARA OS PRONUNCIAMENTOS SUPERVENIENTES DO STF

Conquanto o caso concretamente apreciado no Tema 360, STF, tenha ocorrido sob a égide do CPC/73, ao tempo de sua julgamento já havia sido promulgado o CPC/15, cujas balizas, inclusive, foram utilizadas para conformação do sentido atribuído aos arts. 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, CPC/73. Correspondendo, em larga medida, aos arts. 525, §12, e 535, §5º, CPC/15, não houve solução de continuidade no que concerne ao tratamento dispensado aos vícios de inconstitucionalidade congênitos, com a ressalva da anterioridade da decisão adotada pelo STF, sem respaldo expresso no CPC/73, foi consagrada nos §14 e 7º dos arts. 525 e 535, respectivamente.

Mantida a inexigibilidade, nos termos legais e jurisprudenciais, aos títulos cuja contrariedade à interpretação constitucional encampada pelo STF já se fizesse presente ao tempo de sua formação definitiva, inovou o CPC/15 ao alterar a sistemática da ação rescisória para os títulos cuja desconformidade apenas fosse revelada posteriormente. A inovação consistiu no deslocamento do termo inicial do prazo decadencial para o trânsito em julgado não da decisão a ser rescindida, mas sim da decisão paradigma em face da qual havida a inconstitucionalidade, a teor dos arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC/15.

A mobilidade do termo inicial do cômputo em se tratando de vícios de inconstitucionalidade, inalterada a sistemática para as demais hipóteses rescisórias, revelou uma profunda alteração na sistemática da coisa julgada, porquanto prolongada a situação de sua precariedade, sem a possibilidade de estabelecimento, abstratamente e ex ante, de um termo a partir de quando perenizada de forma definitiva. É dizer, concebeu-se o pronunciamento do STF enquanto um evento exógeno, funcionalmente equiparado a uma condição potencialmente suspensiva, a partir de cuja ocorrência inaugurado um novo prazo decadencial para fins de desconstituição, pouco importando o período que tivesse decorrido, a contar da formação da coisa julgada.

O prolongamento, a princípio indefinido, do estado de rescindibilidade, porque reinaugurado se caracterizada uma contrariedade superveniente, teve a sua constitucionalidade intensamente debatida quando do julgamento da Questão de Ordem na Ação Rescisória 2.876, da ADPF 615 e dos embargos de declaração no RE 586.068, Tema 100, STF. Muito embora tenha prevalecido a legitimidade do mecanismo, sendo-lhe conferida interpretação conforme, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, a ser posteriormente detalhado, estabeleceu-se controvérsia, com distintas propostas, todas tendentes à contenção de um avanço, tido por indevido, sobre o núcleo fundamental da garantia da coisa julgada.

Merecem relevo, portanto, as considerações tecidas pelo Min. Edson Fachin, pela inconstitucionalidade da mobilidade do termo inicial do prazo extintivo, cujo cômputo, necessariamente, deveria ocorrer do trânsito em julgado do próprio título, sem que circunstâncias contingenciais, como o seria o posterior julgamento da decisão paradigma pelo STF, pudesse nele influir. Dada a fundamentalidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), entendeu por excessivamente erosiva a atuação do legislador, além de causadora de insegurança jurídica, na toada do entendimento defendido por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Júnior.

Houve, ainda, uma expressa preocupação na manutenção da contribuição dogmática prestada sobretudo pelo Min. Teori Zavascki, relator do Tema 733, bem como, inicialmente, do Tema 360. Preservada a eficácia normativa dos pronunciamentos do STF adotados em sede de controle de constitucionalidade, reforçou o Min. a desnecessidade de que fosse necessariamente acompanhada de uma eficácia executiva, de forma que o ordenamento, legitimamente, conviveria com efeitos de decisões inconstitucionais, tendo-se o decurso temporal como um critério relevante para fins de determinação da prevalência dos interesses acautelados pelo instituto da coisa julgada. A rigor, sequer haveria uma cedência da supremacia da Constituição, porquanto a estabilização da ordem jurídica é tão fundamental quanto a conformação dos atos decisórios e de seus efeitos à interpretação adotada pelo STF.

Não menos relevante foi a proposta do Min. Luiz Fux, igualmente pautada na defesa de uma maior intangibilidade da coisa julgada. Partindo, também, como núcleo argumentativo, da compreensão do instituto como um direito fundamental individual, e, portanto, insuscetível de abolição ou mitigação desproporcional (art. 60, §4º, IV, CF), a instituição de um prazo decadencial curto e predeterminado constituiria

exigência verdadeiramente constitucional, sem que dispusesse o legislador de uma margem de conformação ampla o suficiente para mobilizar o termo inicial.

Para além da incerteza associada a um estado permanente de provisoriedade dos títulos judiciais em sua porção constitucional, o Min. iluminou a imprecisão e a vagueza da disciplina estatuída pelo CPC, cujos dispositivos não especificam o órgão prolator do STF do qual deveria emanar a decisão paradigma, tampouco as espécies decisórias em controle difuso conducentes ao acionamento da sistemática.

Propôs o Min., portanto, fosse concedida uma interpretação conforme aos §15 do art. 525, e §8º do art. 535, CPC, de modo a que a decisão posterior do STF somente fosse dotada de efeitos dilatórios, mas não renovatórios do prazo decadencial, se porventura já extinto. É dizer, exaurido o biênio, ter-se-ia por qualificada a coisa julgada, afastada qualquer possibilidade de seu desfazimento. Lado outro, sobrevindo o pronunciamento paradigma, desde que durante o curso do prazo decadencial, seria ele postergado, por mais dois anos.

Não obstante, certo é que prevaleceu a constitucionalidade do regime especial de contagem, compreendendo-o como mecanismo voltado à recomposição da ordem constitucional violada. A tutela da da segurança jurídica e da confiança depositada na definitividade do título, ao invés de repercutir no afastamento da sistemática, foi deslocada para o campo da contenção dos efeitos temporais da desconstituição, seja por meio da modulação, seja pelo estabelecimento de uma trava de limitação da retroação, como será apresentado.

Em termos estritamente legais, no entanto, desconsideradas, por ora, os refinamentos jurisprudenciais, percebe-se, a partir do CPC/15, um significativo deslocamento axial, pendendo em prol do desfazimento de situações inconstitucionais. Reforça-se, assim, a tendência já inaugurada pela MP 2.180-35/01 e pela lei 11.232/05: inicialmente consagrada, pelas via da inexigibilidade, uma sistemática de esvaziamento dos efeitos dos vícios congênitos, passou-se a prever, pelo mecanismo rescisório, com um prazo móvel decadencial, a possibilidade de fazê-lo também em relação aos supervenientes.

4. O TEMA 100, STF: DA ORIENTAÇÃO INICIAL À REFORMULAÇÃO POSTERIOR

O Tema 100, RE 586.068, surgiu no contexto dos Juizados Especiais, em cujo âmbito o art. 59 da Lei 9.099/1995 veda, textualmente, o cabimento ação rescisória. O problema assumia feição particular: se a coisa julgada formada no procedimento

sumaríssimo estivesse em contrariedade com a interpretação constitucional do STF, a vedação legal da rescisória poderia impedir qualquer mecanismo de conformação do título, inaplicável a sistemática introduzida pelo CPC/15.

No caso concretamente apreciado, cuidava-se de ação revisional de pensão por morte ajuizada contra o INSS perante o JEF, em que se pleiteava a majoração do benefício, com fundamento na norma de cálculo trazida pela lei 9.032/95, posterior ao óbito do instituidor. Julgado parcialmente o pedido, ainda sob a égide do CPC/17, com o trânsito em julgado do feito, sobreveio pronunciamento em sentido contrário do STF, conforme RE 415.454 e RE 416.827, sob o fundamento de que as normas aplicáveis seriam aquelas vigentes ao tempo do óbito, mesmo que a elas se sucedesse modificação benéfica.

Apresentada, então, impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do art. 475-L, CPC/73, equivalente ao art. 535, §5º, CPC/15, foi ela rejeitada, porque, no microsistema dos Juizados Especiais, os princípios da celeridade, simplicidade e facilidade de acesso à justiça prevaleceriam, por questões de especialidade, sobre as normas do CPC com eles incompatíveis, inclusive no que concerne à inexigibilidade com esteio na inconstitucionalidade.

Quando da apreciação da controvérsia, o STF reconheceu a possibilidade de aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, atual art. 535, § 5º, do CPC/15, aos feitos submetidos ao procedimento sumaríssimo, desde que o trânsito em julgado da fase de conhecimento fosse posterior a 27 de agosto de 200, data de introdução do primeiro ao ordenamento. A vedação do art. 59, lei 9.099/1995, foi compreendida como uma norma geral que cede, no entanto, diante das especificidades que informam a coisa julgada inconstitucional, à qual não deve ser dispensado o mesmo tratamento conferido às demais hipóteses de rescindibilidade. Se é legítimo que os Juizados, pelos valores que lhes são próprios, confirmem uma estabilidade mais qualificada às decisões definitivas, a lógica não se estende aos títulos fundados em aplicação inconstitucional, porque inquinados de vícios mais gravosos.

À época, tal como propunha a literalidade do já vigente CPC/15, a anterioridade ou posterioridade da decisão do STF em relação ao trânsito em julgado ainda servia para distinguir os mecanismos: impugnação ao cumprimento de sentença quando o pronunciamento fosse anterior; simples petição, em prazo equivalente ao da ação rescisória, quando fosse posterior.

A simples petição desempenhava, no ambiente dos Juizados, função equivalente à via rescisória que a lei expressamente vedava. O objetivo era impedir que a peculiaridade procedimental produzisse uma zona de imunidade constitucional, na qual títulos contrários ao entendimento do Supremo permanecessem eficazes apenas porque o sistema dos Juizados não admite ação rescisória.

A solução, entretanto, também provocava objeções. Nos votos e debates constava a preocupação de que impedir prestações vencidas ou desconstituir efeitos já reconhecidos no título pudesse representar uma rescisão transversa, em tensão com o art. 59, lei 9.099/1995, com a segurança jurídica e com a finalidade de celeridade e facilitação do acesso à justiça própria dos Juizados. Mais uma vez, a controvérsia reproduzia a oposição entre estabilidade da coisa julgada e supremacia constitucional.

5. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO RESCISÓRIA 2.876 E ADPF 615, STF: DA SUPERAÇÃO DO CRITÉRIO DA ANTERIORIDADE COMO DEFINIDOR DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO

A Questão de Ordem (QO) na AR 2.876 representa o marco mais explícito da reconfiguração jurisprudencial. O Supremo examinou conjuntamente a constitucionalidade do prazo decadencial especial para a ação rescisória e a restrição temporal que condicionava a inexigibilidade do título à anterioridade do pronunciamento do STF. Ao final, conferiu interpretação conforme aos §§ 15 do art. 525 e 8º do art. 535 e declarou incidentalmente inconstitucionais os §§ 14 do art. 525 e 7º do art. 535.

A tese fixada contém três comandos. Primeiro, em cada caso, o STF poderá definir os efeitos temporais de seus precedentes vinculantes e sua repercussão sobre a coisa julgada, inclusive a extensão da retroação para fins de ação rescisória ou até mesmo o não cabimento da rescisória diante de grave risco de lesão à segurança jurídica ou ao interesse social. Segundo, na ausência de manifestação expressa, os efeitos retroativos de eventual rescisão não excederão cinco anos da data do ajuizamento da ação, que deverá ser proposta no prazo decadencial de dois anos contado do trânsito em julgado da decisão do STF. Terceiro, o interessado poderá arguir a inexigibilidade do título amparado em norma ou interpretação considerada inconstitucional pelo Supremo, seja a decisão do STF anterior ou posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, salvo preclusão.

É nesse terceiro ponto que se encontra a mudança mais significativa para o tema aqui examinado. A cronologia do pronunciamento do STF deixa de definir, por si só, a possibilidade de utilização da inexigibilidade. A antiga regra do Tema 360, que exigia pronunciamento anterior ao trânsito em julgado para o reconhecimento do vício qualificado pela via executiva, é superada. A defesa de inexigibilidade passa a poder apoiar-se também em decisão constitucional superveniente.

A distinção entre inexigibilidade e desconstituição formal continua relevante. A arguição de inexigibilidade opera na fase executiva e pressupõe que não tenha ocorrido preclusão. Ela impede que o título produza efeitos executivos incompatíveis com a Constituição, mas não equivale necessariamente à rescisão formal da decisão. A ação rescisória, por sua vez, permanece como ação autônoma voltada à desconstituição da coisa julgada, submetida ao regime temporal específico definido pelo CPC e reinterpretado pelo Supremo.

A ADPF 615 levou essa construção ao âmbito dos Juizados Especiais, com a alteração da orientação firmada no Tema 100, para fins de sua adequação às balizadas fixadas na QO na AR 2.876. O caso envolvia decisões dos Juizados da Fazenda Pública que rejeitaram objeções de pré-executividade destinadas a afastar títulos judiciais assentados em interpretação posteriormente contrariada por pronunciamento de controle concentrado. A ementa reconheceu que a vedação de ação rescisória nos Juizados não impede a discussão da inconstitucionalidade do título.

Na formulação da ADPF, se a declaração de inconstitucionalidade tivesse ocorrido antes do trânsito em julgado, caberia impugnação ao cumprimento de sentença. Se posterior, a inconstitucionalidade poderia ser arguida por simples petição em prazo equivalente ao da ação rescisória. O julgamento, contudo, foi posteriormente harmonizado com a AR 2.876 e com a reformulação do Tema 100, que ampliaram a possibilidade de arguição de inexigibilidade independentemente da anterioridade ou posterioridade do pronunciamento do STF.

A consequência sistemática é importante. O momento do pronunciamento do Supremo deixa de funcionar como uma espécie de chave binária que, automaticamente, determina o mecanismo disponível. Para a inexigibilidade, o critério central passa a ser a incompatibilidade do título com a interpretação constitucional vinculante e a inexistência de preclusão. Para a desconstituição formal, permanecem

a ação rescisória ou, nos Juizados, a simples petição funcionalmente equivalente, submetidas a prazo e aos limites temporais definidos pela Corte.

Esse deslocamento demonstra uma inclinação mais favorável à efetividade dos pronunciamentos constitucionais do STF. Ao mesmo tempo, a Corte não abandona a preocupação estabilizadora: ela transfere parte dessa função para outros instrumentos, especialmente a preclusão, o prazo decadencial, a modulação e a trava de cinco anos sobre a retroação.

6. A TRAVA TEMPORAL QUINQUENAL E A FUNÇÃO ESTABILIZADORA DA JURISPRUDÊNCIA

A ampliação dos mecanismos de enfrentamento da coisa julgada inconstitucional poderia produzir efeitos retroativos muito extensos. Se uma decisão do STF, proferida muitos anos após a formação da coisa julgada, abre prazo de dois anos para ação rescisória, a procedência dessa ação poderia, em tese, projetar consequências sobre período pretérito igualmente longo. Foi precisamente para conter esse impacto que a AR 2.876 estabeleceu a chamada trava temporal de cinco anos.

A tese determina que, na ausência de manifestação expressa do Supremo acerca da modulação, os efeitos retroativos de eventual rescisão não excederão cinco anos contados da data do ajuizamento da ação rescisória. A mesma lógica foi transportada para a simples petição admitida no Tema 100: ausente manifestação específica, a retroação da eventual desconstituição não poderá superar os cinco anos anteriores à apresentação da petição.

O ponto é particularmente revelador porque o limite de cinco anos não decorre, de modo expresso, dos §§ 15 do art. 525 ou 8º do art. 535 do CPC. A fundamentação da AR 2.876 reconhece que a solução foi construída para mitigar impactos indesejados sobre a segurança jurídica e menciona a aplicação analógica de regime previsto no Código Tributário Nacional. A trava, portanto, não corresponde à simples aplicação literal de um comando processual já positivado para essa hipótese; ela resulta de uma construção jurisprudencial voltada à estabilização.

Esse aspecto mostra a dupla direção da evolução do STF. A Corte adota posição mais aberta à superação dos efeitos da coisa julgada incompatível com pronunciamento constitucional, inclusive preservando o prazo especial contado do trânsito em julgado da decisão do próprio STF e permitindo inexigibilidade fundada

em decisão posterior. Simultaneamente, cria uma contenção temporal que impede que a desconstituição alcance irrestritamente todo o passado.

A própria tese confere ao Supremo papel central na calibragem. Em cada caso, a Corte poderá definir os efeitos temporais de seus precedentes vinculantes e sua repercussão sobre a coisa julgada. Poderá estabelecer extensão diversa da retroação e poderá até afastar o cabimento da ação rescisória diante de grave risco à segurança jurídica ou ao interesse social. A regra de cinco anos funciona, assim, como padrão subsidiário para a ausência de manifestação expressa.

Não se trata de negar a eficácia retroativa própria de certas decisões constitucionais, mas de impedir que a combinação entre pronunciamento superveniente e reabertura do prazo rescisório produza instabilidade ilimitada. A trava revela que, mesmo no momento em que a jurisprudência se torna mais vanguardista quanto à possibilidade de neutralizar ou desfazer a coisa julgada inconstitucional, o Tribunal procura preservar uma zona de previsibilidade temporal.

Também é significativo que a AR 2.876 tenha conferido efeitos ex nunc à interpretação conforme adotada. A própria mudança jurisprudencial foi tratada com cautela temporal. Isso reforça a ideia de que a supremacia constitucional, na construção recente do STF, não opera como princípio de eliminação automática de toda estabilidade, mas como fundamento para mecanismos de correção acompanhados de técnicas de transição e contenção.

7. OS TEMAS 881 E 885, STF, E AS ESPECIFICIDADES ENVOLVENDO RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS DE TRATO SUCESSIVO

A matéria tributária oferece uma perspectiva complementar e, em certa medida, distinta. No Tema 881, o STF examinou a cessação dos efeitos futuros de coisa julgada que havia afastado a cobrança da CSLL, diante de pronunciamento superveniente do próprio Supremo reconhecendo a constitucionalidade da exação. A controvérsia não foi tratada simplesmente como ação rescisória de uma decisão passada, mas como problema de eficácia temporal da coisa julgada em relação jurídica de trato sucessivo.

A premissa adotada foi a cláusula rebus sic stantibus. Nas obrigações de trato sucessivo, a força vinculante da decisão permanece enquanto se mantêm inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos considerados no julgamento. A superveniência de

modificação relevante no estado de direito pode fazer cessar a eficácia futura do julgado sem que seja necessário desconstituí-lo formalmente para todos os fins.

No caso da CSLL, o contribuinte possuía decisão transitada em julgado que o exonerava do pagamento. Posteriormente, o STF, em controle concentrado, reconheceu a constitucionalidade da lei instituidora da contribuição. O Tema 881 concluiu que essa decisão modificou substancialmente a situação jurídica subjacente e que, tratando-se de relação de trato sucessivo, a nova norma jurídica produzida pelo pronunciamento vinculante deveria incidir prospectivamente.

A relação com o Tema 733 é essencial. O Tema 733 afirma que a decisão do STF não produz reforma ou rescisão automática das sentenças anteriores. Mas a própria tese ressalvou a execução dos efeitos futuros das sentenças em relações de trato continuado. No Tema 881, essa ressalva foi explorada para distinguir o plano da validade ou imutabilidade do julgado do plano de sua eficácia futura. Não seria necessário rescindir a decisão para reconhecer que, alterado o estado de direito por pronunciamento vinculante, ela deixa de reger fatos geradores futuros.

É nesse sentido que se pode falar em eficácia executiva ou instrumental automática da decisão do STF, ao menos para impedir que a coisa julgada individual continue a bloquear a cobrança do tributo em relação a fatos futuros abrangidos pelo novo estado jurídico. O automatismo não significa rescisão automática da sentença anterior. Significa que a força vinculante e a eficácia executiva do pronunciamento constitucional incidem sobre atos e relações supervenientes, fazendo cessar a eficácia prospectiva da coisa julgada de trato sucessivo.

O Tema 881, portanto, não contradiz necessariamente o Tema 733. Ele opera dentro da ressalva expressamente feita no precedente de 2015. A coisa julgada pretérita não é automaticamente apagada ou formalmente rescindida. O que se altera é sua aptidão para continuar disciplinando o futuro após mudança objetiva e vinculante do estado de direito.

Nos embargos do Tema 881, o Supremo enfrentou de modo explícito a ponderação entre segurança jurídica e outros valores constitucionais. Ao negar modulação quanto ao próprio tributo, o Plenário considerou a igualdade e a livre concorrência, entendendo que a manutenção da exoneração para contribuintes protegidos por coisa julgada lhes conferiria vantagem competitiva indevida em relação aos demais. A segurança jurídica, embora reconhecida como valor protegido pela coisa julgada, não prevaleceu de modo absoluto.

A Corte, contudo, modulou os efeitos quanto às multas em determinadas condições, afastando multas tributárias ligadas a fatos geradores ocorridos até a publicação da ata do julgamento de mérito para contribuintes que possuíam decisão favorável transitada em julgado sobre a CSLL. Foram preservados juros e correção monetária. A distinção evidencia, novamente, a técnica de calibragem: o tributo foi exigido em razão da prevalência do novo estado jurídico e da igualdade concorrencial, enquanto a sanção recebeu tratamento diferenciado em razão das circunstâncias de confiança decorrentes da coisa julgada.

A experiência tributária mostra que a discussão sobre coisa julgada inconstitucional não se limita aos mecanismos clássicos de desconstituição. Em relações continuativas, a eficácia do pronunciamento vinculante do STF pode atuar diretamente sobre o futuro, independentemente de ação rescisória, sem que isso importe, tecnicamente, a reforma automática do julgado pretérito. A distinção entre validade, imutabilidade e eficácia torna-se, aqui, indispensável.

8. CONCLUSÃO

Considerados em sequência, os precedentes permitem identificar uma mudança progressiva no modo como o STF equilibra os valores em conflito. O Tema 733, sob o CPC/73, reafirmou com vigor a necessidade de recurso ou ação rescisória para reformar ou desfazer sentenças anteriores e preservou a decisão concreta quando já esgotado o prazo bienal. A supremacia da Constituição não bastava, por si só, para desfazer automaticamente a coisa julgada.

O Tema 360 reconheceu a constitucionalidade de uma via executiva com eficácia rescisória, mas a cercou de requisitos. O vício deveria ser qualificado por pronunciamento do STF e, na formulação original, esse pronunciamento deveria anteceder o trânsito em julgado. A temporalidade funcionava como garantia de estabilidade: a defesa executiva não poderia apoiar-se em mudança constitucional posterior para reabrir, sem ação própria, uma controvérsia definitivamente encerrada.

O CPC/15 avançou ao admitir que o pronunciamento superveniente do Supremo desse origem a prazo especial para ação rescisória. A segurança jurídica deixou de ser protegida por um prazo cujo termo inicial era exclusivamente o trânsito em julgado da decisão rescindenda. O sistema passou a admitir novo marco temporal ligado à decisão constitucional posterior.

A jurisprudência recente avançou novamente. A AR 2.876 retirou a anterioridade do pronunciamento do STF como condição para a arguição de inexigibilidade, declarou inconstitucionais as restrições temporais que condicionavam essa via e preservou o prazo especial da rescisória. A ADPF 615 e a reformulação do Tema 100 adaptaram essa orientação aos Juizados, inclusive por simples petição quando a ação rescisória é legalmente vedada.

Essa evolução favorece a efetividade da supremacia constitucional. Quanto mais recente o precedente, menor é a possibilidade de uma coisa julgada incompatível com pronunciamento vinculante do STF permanecer produzindo efeitos apenas em razão da cronologia entre a sentença e a decisão constitucional. O sistema passa a dispor de mais caminhos para neutralizar a eficácia executiva ou promover a desconstituição formal.

Ao mesmo tempo, não se pode descrever o movimento como abandono da segurança jurídica. A própria AR 2.876 cria a trava quinquenal, preserva a preclusão para a inexigibilidade, mantém prazo decadencial para a rescisória e reconhece poder-dever do STF de modular os efeitos de seus precedentes. Em situações de grave risco à segurança jurídica ou ao interesse social, a Corte poderá inclusive afastar o cabimento da ação rescisória.

Há, portanto, uma substituição parcial das técnicas de estabilização. Antes, a estabilidade decorria sobretudo da intangibilidade após o prazo bienal contado da coisa julgada e da exigência de anterioridade do pronunciamento do STF. Agora, a jurisprudência admite maior permeabilidade da coisa julgada à Constituição, mas utiliza modulação, preclusão, prazo especial e limitação da retroação para impedir instabilidade ilimitada.

O Tema 881 acrescenta outra dimensão: em relações tributárias de trato sucessivo, a proteção da coisa julgada não assegura a perpetuação de um regime individual contrário ao estado jurídico posteriormente fixado de modo vinculante. A cessação prospectiva da eficácia não exige, necessariamente, desconstituição formal. A igualdade e a livre concorrência podem reforçar a necessidade de incidência uniforme da norma constitucionalmente reconhecida.

Esse conjunto de decisões sugere uma jurisprudência cada vez mais atenta à diferença entre desfazer a coisa julgada, impedir sua execução e fazer cessar seus efeitos futuros. Essa diferenciação permite ao Tribunal ampliar a eficácia de seus



pronunciamentos sem afirmar, de modo simplista, que toda coisa julgada inconstitucional é inexistente ou automaticamente nula.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 730.462/SP**, Tema 733 da repercussão geral, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgamento em 28 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 611.503/SP**, Tema 360 da repercussão geral, Rel. Min. Teori Zavascki, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgamento em 20 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 586.068/PR**, Tema 100 da repercussão geral, Rel. Min. Rosa Weber, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 9 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 586.068/PR ED**, Tema 100 da repercussão geral, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento concluído em 9 mar. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AR 2.876 QO/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 23 abr. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 615/DF**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgamento em 17 nov. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 949.297/CE**, Tema 881 da repercussão geral, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 8 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 949.297/CE**, embargos de declaração e embargos subsequentes, Tribunal Pleno, julgamentos de 4 abr. 2024 e 25 ago. 2025.

A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL¹

THE LEGAL NATURE OF ARREST IN FLAGRANTE DELICTO IN LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF CRIMINAL PROCEDURE

Willian Faria de Souza²

Resumo: O objetivo deste artigo é revisitar a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da prisão em flagrante, propondo um novo entendimento, sobretudo após a reforma promovida pela Lei n. 12.403/2011 e pelas alterações introduzidas pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Para tal desiderato, fez-se uma análise contextualizada entre os princípios constitucionais processuais penais e as finalidades da prisão em flagrante no contexto do processo. Partiu-se da premissa de que a finalidade essencial dessa prisão é a autotutela, isto é, medida de autodefesa da sociedade fundada na impossibilidade material de onipresença do Estado, não se admitindo outros fins preponderantes, sob pena de contrariedade ao devido processo legal. Por consequência, discorreu-se acerca da insubsistência da natureza jurídica da prisão como medida cautelar ou precautelar, por serem teses não concatenadas com o princípio da jurisdicionalidade, com o devido processo legal e com a própria finalidade constitucional da prisão. O trabalho teve cunho teórico, método de abordagem dedutiva e pesquisa bibliográfica e documental, considerando a doutrina, a legislação e a jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Supremo Tribunal Federal e a Súmula n. 676 do Superior Tribunal de Justiça, que vedou a conversão do flagrante em prisão preventiva por ato de ofício do juiz. Propõe-se a superação do entendimento de que a natureza jurídica da prisão em flagrante seja de medida cautelar ou de medida precautelar — as duas correntes majoritárias entre os processualistas penais brasileiros —, restando apenas a sua natureza de ato de polícia administrativa, qualificação que se procurou confrontar com o regime jurídico do ato administrativo e da qual se extraíram consequências dogmáticas em matéria de responsabilidade civil do Estado, de parâmetros do controle judicial da captura e de vício de finalidade. A prisão em flagrante não possui, por conseguinte, natureza jurisdicional, na medida em que serve apenas à mera detenção do agente, sendo as consequências daí decorrentes dependentes da atuação do juiz, que pode relaxar a prisão, decretar a prisão preventiva, mediante provocação, ou conceder a liberdade provisória.

Palavras-chave: Prisão em flagrante. Finalidade constitucional. Natureza jurídica. Princípios constitucionais processuais penais. Ato administrativo.

¹ Artigo elaborado a partir do trabalho de conclusão apresentado ao Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa do Instituto Elpídio Donizetti, em parceria com o Centro de Gestão Empreendedora – FEAD, em dezembro de 2017, integralmente revisto e atualizado à luz da Lei n. 13.964/2019 e da jurisprudência superveniente. O trabalho original não foi publicado em periódico nem está disponível em repositório de acesso aberto.

² Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas Pitágoras de Montes Claros/MG. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti, em parceria com o Centro de Gestão Empreendedora – FEAD (2017). Analista Judiciário da Justiça Federal, lotado na Subseção Judiciária de Unaí/MG, Tribunal Regional Federal da 6ª Região, onde exerce a função de assessor junto à Vara Federal e ao Juizado Especial Federal Adjunto. Montes Claros, Minas Gerais, Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-6680-9599>. E-mail: willian-faria@hotmail.com

Abstract: The purpose of this article is to revisit the doctrinal discussion on the legal nature of arrest in flagrante delicto, proposing a new understanding, especially after the reform promoted by Law n. 12.403/2011 and the changes introduced by Law n. 13.964/2019 (the Anti-Crime Package). To this end, a contextualized analysis was conducted between the constitutional principles of criminal procedure and the purposes of arrest in flagrante delicto within the procedural context. The premise is that the essential purpose of this arrest is self-protection (autotutela), a measure of society's self-defense based on the material impossibility of state omnipresence, which does not admit other preponderant ends, under penalty of contradicting due process of law. Consequently, the untenability of the arrest's legal nature as a precautionary or pre-precautionary measure is discussed, as these theses are not aligned with the principle of jurisdictionality, with due process and with the constitutional purpose of the arrest itself. This is a theoretical work, using a deductive approach and bibliographical and documentary research, based on doctrine, legislation and the case law of the higher courts, notably the judgment of Direct Actions of Unconstitutionality n. 6,298, 6,299, 6,300 and 6,305 by the Federal Supreme Court and Precedent n. 676 of the Superior Court of Justice, which prohibited the conversion of the arrest in flagrante delicto into pre-trial detention by the judge's own motion. The study proposes overcoming the understanding that the legal nature of arrest in flagrante delicto is that of a precautionary or pre-precautionary measure — the two majority currents among Brazilian criminal proceduralists — leaving only its nature as an act of administrative police power, a qualification tested against the legal regime of the administrative act and from which dogmatic consequences are drawn regarding State liability, the parameters of judicial review of the capture, and misuse of purpose. It therefore does not possess a jurisdictional nature, as it serves merely to detain the agent, with subsequent consequences depending on the judge's decision, who may release the arrested person for illegality, order pre-trial detention upon request, or grant provisional release.

Keywords: Arrest in flagrante delicto. Constitutional purpose. Legal nature. Constitutional principles of criminal procedure. Administrative act.

INTRODUÇÃO

Em virtude das diretrizes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Processo Penal passou por forçosas reflexões para adequar a interpretação de seu inteiro teor ao novo cenário democrático, que rechaça qualquer leitura lesiva aos direitos fundamentais corolários do devido processo legal. Alguns autores consignam que essa tensão teórica tem uma de suas raízes no fato de que o Código em vigor, norma estruturante da atuação jurisdicional em nível infraconstitucional, foi editado em 1941, quando o país vivia sob regime ditatorial de forte influência fascista, cujos princípios autoritários contaminaram a legislação penal e processual penal (Carvalho, 2003, p. 202-203; Fausto, 2015, p. 301-305; Gomes, 2011a, p. 23; Schwarcz; Starling, 2015, p. 374-375; Silva Júnior, 2008, p. 1-22; Wolkmer, 2015, p. 129-130).

Com o advento da Constituição de 1988, caracterizada pela grande preocupação com as liberdades individuais e as prestações sociais (Coelho, 2009, p. 204-205), surgiu a necessidade de compatibilizar as normas processuais penais com os princípios e garantias constitucionais, rompendo a tradição autoritária (Fernandes, 2012, p. 26-27; Jardim; Amorim, 2016, p. 479-480; Lopes Jr., 2015, p. 33-34; Silva Júnior, 2008, p. 1-22). Essa atividade, contudo, nem sempre é fácil e bem aceita, pois envolve a superação de (pré)conceitos enraizados na cultura jurídica brasileira (Binder, 2011, p. 19-21; Streck, 2011, p. 446), e há juristas que veem obstáculos ainda maiores na própria teoria geral do processo, de raiz eminentemente civilista e apontada como inadequada para dar racionalidade às categorias próprias do processo penal (Lopes Jr., 2015, p. 68-78; Prado, 2015, p. 561).³

É sabido que o legislador constituinte colocou sob o manto constitucional o controle sobre a prisão e, por consequência, sobre a liberdade física do indivíduo, ao assentar, no art. 5º, LXI, que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (Brasil, 1988). Verifica-se, tanto pela *mens legis* quanto pela *mens legislatoris*, o anseio em garantir a liberdade de locomoção contra o arbítrio típico de autoridades cujas ações sempre flertam com o despotismo (Mossin, 2010, p. 393). E, justamente porque a prisão em flagrante independe de ordem judicial, sendo cenário fértil para a arbitrariedade estatal, é imperioso discutir sua natureza jurídica no atual modelo constitucional, haja vista as implicações práticas na atuação diária daqueles que operam com o exercício (e os dilemas) do *jus puniendi* do Estado.

O presente escrito, partindo da descrição da literatura sobre o tema e apontando as divergências entre os principais trabalhos existentes, pretende oferecer contribuição teórica para responder a esse problema. Inicialmente, pode-se conceituar a prisão em flagrante como a privação imediata da liberdade de quem se encontre em situação de flagrância, situação definida pela visibilidade de uma agressão supostamente criminosa (Capez, 2015, p. 320; Fernandes, 2012, p. 295-296; Jardim; Amorim, 2016, p. 357-374; Lima, 2014, p. 859; Lopes Jr., 2013, p. 49-50; Oliveira, E. P., 2017, p. 540-541; Rangel, 2023, item 7.3; Távora; Alencar, 2015, p. 831; Tourinho Filho, 2012, p. 485-486). A expressão deriva do latim *flagrare*, que significa “queimar”,

³ Há importante posição contrária, defendida por Jardim e Amorim (2016, p. 405-408), que visualiza na teoria geral do processo um ponto de unidade entre as várias expressões do Direito Processual.

remetendo à ideia de algo que ainda está em brasa, evidente e atual (Capez, 2024, item 16.12). A definição clássica do termo é apresentada por Nogent Saint-Laurens:

Assim, flagrante delito significa o delicto ainda queimante, o momento mesmo da perpetração — a plena posse da evidência, a evidência absoluta, o facto que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo (Nogent Saint-Laurens *apud* Messa, 2014, p. 570).

Trata-se, portanto, da certeza visual do crime, que legitima a intervenção imediata sem autorização judicial: medida que traduz o sistema de autodefesa social. A previsão é antiga entre nós — a Constituição de 1937 já ressaltava o flagrante da exigência de ordem escrita da autoridade competente (art. 122, § 11), texto que serviu de base à redação original do art. 282 do Código de Processo Penal (Brasil, 1937, 1941).

A sistemática do instituto foi profundamente modificada pela Lei n. 12.403/2011 (Brasil, 2011), mas foi a Lei n. 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime (Brasil, 2019a), que promoveu a alteração mais substancial. Ao positivizar a audiência de custódia no corpo do art. 310 do Código de Processo Penal, a reforma rompeu com a antiga prática em que a análise judicial era ato primordialmente documental: como destaca Aury Lopes Jr. (2021, cap. II, item 7), o controle judicial deixou de ocorrer “na solidão do gabinete e com a frieza do papel” para se tornar ato processual complexo, realizado em audiência, com contato direto entre o juiz e a pessoa presa. Registre-se, por rigor, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 310, § 4º, afastando o automatismo do relaxamento pela não realização da audiência em vinte e quatro horas e admitindo, excepcionalmente, a prorrogação motivada do prazo e a videoconferência (Brasil, 2023a). A flexibilização não altera, porém, o dado estrutural aqui relevante: a apresentação da pessoa presa ao juiz permanece sendo o momento em que a custódia deixa de ser ato de autoridade administrativa para submeter-se, ou não, a um título jurisdicional.

Com isso, a prisão em flagrante consolidou seu caráter de medida precária, cuja única função é submeter o capturado à análise da autoridade judicial. Conforme ensina Fernando Capez (2024, item 16.1.3), o indivíduo é preso em razão do estado de flagrância, mas não permanece nessa condição por força desse título: na audiência de custódia, o juiz deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, conceder

liberdade provisória ou converter o flagrante em prisão preventiva, esta última somente se presentes seus requisitos e mediante provocação do Ministério Público, do querelante, do assistente ou representação da autoridade policial, vedada a conversão de ofício (Capez, 2024, item 16.1.3; Lopes Jr., 2021, cap. II, item 8).

No mesmo julgamento, concluído em agosto de 2023, o Supremo Tribunal Federal consolidou o “juiz das garantias”, cuja implementação declarou obrigatória em doze meses contados da publicação do acórdão, prorrogáveis uma única vez a critério do Conselho Nacional de Justiça, com o propósito de afastar o comprometimento psicológico do magistrado que atuou na investigação (Brasil, 2023a; Capez, 2024, item 2.6). Essa separação funcional reforça a tese deste artigo: a captura é submetida ao controle de um magistrado, mas a decisão sobre a prisão cautelar é ato jurisdicional distinto e subsequente.

Esse cenário reacendeu debate doutrinário que se encontrava latente: a definição da natureza jurídica e da finalidade da prisão em flagrante, controvérsia que se cristaliza em duas correntes antagônicas — a que a enquadra como medida cautelar e a que a defende como medida precautelar.

Para a primeira, o flagrante se inclui entre as medidas cautelares pessoais, ainda que de curta duração, porque, além de pacificar o meio social, teria funções instrumentais de tutela de interesses processuais — reforçar a prova da materialidade e da autoria, conservar a prova no local do crime, evitar a fuga do agressor e obter sua correta identificação (Capez, 2015, p. 333; Capez, 2024, item 16.12; Fernandes, 2012, p. 295-299; Jardim; Amorim, 2016, p. 370-374; Marques, 2009, p. 54; Mossin, 2010, p. 394; Nucci, 2014, p. 30; Oliveira, E. P., 2017, p. 548-550; Távora; Alencar, 2015, p. 831; Tourinho Filho, 2012, p. 485-494).⁴

A segunda, que já antes da Lei n. 12.403/2011 sustentava o caráter precautelar, viu na nova redação do art. 310 o reforço de sua premissa: o propósito da medida seria apenas colocar o capturado à disposição do juiz, de modo que ela não guarda instrumentalidade com o processo, mas com a eventual aplicação futura de uma cautelar (Avena, 2015, p. 981-982; Badaró, 2021, item 18.2.2.1; Brito; Fabretti; Lima,

⁴ Por fidelidade intelectual, é preciso consignar que os defensores da cautelaridade da prisão em flagrante possuem particularidades em seu pensamento. Por exemplo, Jardim e Amorim (2016) reputam tratar-se a prisão em flagrante de ato complexo, formado inicialmente por um ato administrativo (a captura) e depois por ato jurisdicional-processual (a homologação da prisão). Semelhante conclusão se observa em Marques (2009), Nucci (2014), Távora e Alencar (2015) e Tourinho Filho (2012). Já Câmara (1997) diz que a prisão em flagrante seria uma medida de “subcautela” ou de “cautela menor”, sendo a prisão preventiva imprescindível ao prolongamento do *carcer ad custodiam*.

2015, p. 250; Gomes, 2011b, p. 89-91; Lima, 2014, p. 861-863; Lopes Jr., 2013, p. 49-54; Nicolitt, 2011, p. 49; Sanguiné, 2014, p. 166-170).⁵

O que interessa a esta pesquisa é investigar a natureza jurídica atual do instituto — sobretudo porque parte significativa da doutrina continua a sustentá-la como cautelar —, propondo-se uma terceira tese, ainda que por ora minoritária. Com esse fim, e alinhado ao processo de constitucionalização do direito (Barroso, 2008), passa-se a expor a qualificação que se entende correta, recorrendo, primeiramente, sobre a finalidade constitucional do flagrante.

1 A AUTOTUTELA COMO FINALIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Antes de discorrer sobre a natureza jurídica da prisão em flagrante é imprescindível identificar seus fins essenciais sob a órbita constitucional. Cabe lembrar que, em matéria processual penal, os princípios constitucionais há muito se consolidaram não só como espécie concreta de norma jurídica (Nery Júnior, 2016, p. 33-47), mas como vetor interpretativo de toda a legislação infraconstitucional (Gerber, 2003, p. 91), fundamentando verdadeira releitura da teoria geral do processo em matéria penal (Silva Júnior, 2008, p. 10). Quanto à prisão anterior à condenação definitiva, assumem relevo ainda maior, pois é o seu alcance que legitima a atuação do Estado na privação de direitos fundamentais do suposto agressor (Lopes Jr., 2013, p. 32; Sanguiné, 2014, p. 3-4).

A admissão do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição), a fundamentação da ordem jurídica na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o elenco dos direitos e garantias fundamentais, mormente a garantia do estado de inocência, colocam definitivamente a prisão antes do trânsito em julgado como medida excepcionalíssima, de *ultima ratio*, afastando-a da perspectiva medieval da obrigatoriedade da prisão, do encarceramento necessário e preventivo e da punição antecipada (Giacomolli, 2016, p. 202). De fato, o constituinte mostrou especial preocupação com a liberdade individual ao exigir a comunicação imediata da prisão e

⁵ Também dentre os defensores da pré-cautelaridade da prisão em flagrante se encontram diferenças pontuais acerca das fases do ato de prisão, que para alguns seria formado primeiramente por um ato administrativo e depois por um ato jurisdicional-processual (Avena, 2015; Badaró, 2021; Gomes, 2011b; Lima, 2014; Sanguiné, 2014). Dezem (2016) entende que a prisão em flagrante é medida precautelar, mas não por guardar instrumentalidade com eventual aplicação futura de medida cautelar, e sim por não haver nela o elemento *periculum libertatis*.

do local onde se encontre o preso ao juiz competente e à sua família (art. 5º, LXII), ao determinar o imediato relaxamento da prisão ilegal (art. 5º, LXV) e ao estabelecer que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória (art. 5º, LXVI) — procurando cercar todas as aberturas capazes de constituir constrangimento ilegal à liberdade física do cidadão (Mossin, 2010, p. 394).

O traço característico dessa modalidade de prisão é a visibilidade da agressão que lhe dá causa. Ela exige, para configurar-se, dois elementos imprescindíveis: a atualidade, expressa pela própria situação flagrancial — algo que está acontecendo ou acabou de acontecer —, e a visibilidade, isto é, a possibilidade de alguém atestar a ocorrência do fato ligando-o ao sujeito que o pratica (Rangel, 2023, item 7.3.1). O instituto é guiado, portanto, exclusivamente pelos critérios da visibilidade e da imediatidade de conduta que se aparenta delitiva (Lopes Jr.; Gloeckner, 2014, p. 636). Por conta dessa visibilidade, a função preponderante que se lhe atribui é a de autotutela: instrumento de defesa contra a agressão injusta a bem jurídico penalmente tutelado, evitando a sua consumação ou exaurimento (Gerber, 2003, p. 106-107; Lima, 2014, p. 859; Oliveira, E. P., 2017, p. 548-550; Silva Júnior, 2008, p. 879-880), medida de autopreservação e defesa da sociedade (Brene, 2016, p. 382).

Em linhas gerais, o Estado é o único legitimado a pacificar o meio social por meio do poder-dever de punir, o que depende da observância do devido processo legal (Gerber, 2003, p. 87-88; Sanguiné, 2014, p. 507-512; Silva Júnior, 2008, p. 2-3), pois o processo penal, no Estado Democrático de Direito, é instrumento de garantia dos direitos fundamentais e de limitação do exercício arbitrário do poder (Casara, 2014, p. 7-8). Contudo, dada a impossibilidade de presença do Estado em todos os momentos de interação social, o ordenamento excepcionalmente confere legitimidade ao uso imediato da força para fazer cessar injusta agressão a bem jurídico penalmente tutelado (Jardim; Amorim, 2016, p. 372; Silva Júnior, 2008, p. 878-879). É nesse ponto, e somente nesse ponto, que se encontra a prisão em flagrante: como uso imediato da força, é exceção à garantia do devido processo legal (Gerber, 2003, p. 90), só admitida em razão da expressa previsão do art. 5º, LXI, da Constituição.

Não é demais observar que esse mesmo dispositivo impõe a estrita observância ao devido processo legal ao exigir “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” para a prisão de quem quer que seja, consagrando a garantia da jurisdição, pela qual todo provimento destinado à privação da liberdade deve ser fruto da atividade jurisdicional do Estado e, como tal, regulado pelo

direito processual (Casara, 2014, p. 17-18; Gerber, 2003, p. 107; Lima, 2014, p. 778-780; Sanguiné, 2014, p. 540-546). Aceita a prisão em flagrante como exceção à jurisdição, é inafastável que sua interpretação seja a mais restritiva possível, de modo a evitar a ampliação de hipóteses de violação a direitos fundamentais não abarcadas pela Constituição: o devido processo legal é a regra em matéria de prisão, cuja única hipótese de afastamento é o estado de flagrância (Lima, 2014, p. 778-780; Sanguiné, 2014, p. 166-167). Bem assim, lembra Paulo Rangel:

Tratando-se de normas restritivas de um direito qual seja o direito constitucional de liberdade de locomoção (cf. art. 5º, XV, da CRFB), a interpretação deve ser estrita. Em outras palavras, não há que se estender seu alcance nem restringi-lo, muito menos admitir-se a analogia, salvo se esta for *in bonam partem* (Rangel, 2023, item 7.3).

E não é só. Há ainda a presunção de inocência (art. 5º, LVII), princípio que, ao impor ao acusado tratamento equivalente ao dispensado a um cidadão insuspeito, consagrou a absoluta excepcionalidade de qualquer punição anterior à condenação definitiva, garantindo-lhe, como regra, o pleno gozo da liberdade durante o processo (Gerber, 2003, p. 92-93). Qualquer prisão anterior à confirmação da culpa importa restrição a esse princípio — o que é o caso do flagrante, que, se admitido, deverá ser fortemente fundado em causa legítima aos olhos da Constituição (Gerber, 2003, p. 97-104).

Não se ignora o papel do flagrante na efetivação das políticas de segurança pública, o que confere, ao olhar desatento, a sensação de eficácia da atividade repressora estatal. Entretanto, em respeito às garantias inerentes ao Estado de Direito constituído a partir de 1988, não se pode admitir que ele sirva de resposta imediata ao crime, antecipando pena que só deveria ser imposta na sentença (Gerber, 2003, p. 105-106). É necessária, pois, extrema cautela ao se atribuírem finalidades a essa modalidade de prisão, já que qualquer excesso representaria violação a direitos fundamentais. Destarte, com a devida vênia aos pensamentos contrários, da interpretação constitucional dos limites à restrição de direitos e garantias individuais extrai-se que a autotutela é o único fim legítimo para a prisão em flagrante.

É bem certo que a doutrina lhe atribui também as finalidades de evitar a fuga do agressor, identificá-lo corretamente, preservar as provas no local do crime e conferir maior probabilidade de confirmação da existência do delito e de sua autoria (Jardim; Amorim, 2016, p. 372; Lima, 2014, p. 859-860; Oliveira, E. P., 2017, p. 548-



550; Sanguiné, 2014, p. 166), as quais decorrem, nas palavras de Jardim e Amorim (2016, p. 366), de “uma das principais funções da prisão em flagrante, que é o acautelamento social”. Tais efeitos, porém, são acidentais, decorrentes das condições em que a prisão for efetivada, e seus limites de irradiação no processo penal serão controlados pelo juiz por meio do auto de prisão em flagrante e da audiência de custódia. O que a situação de flagrante autoriza — ou até impõe, no caso dos agentes públicos — é a imediata interrupção da hipotética atividade criminosa, único fim capaz de legitimar a flexibilização dos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal.

Daí decorre a curtíssima duração da medida: cessada a agressão injusta, exaure-se por completo a sua função, devendo a liberdade ser restituída tão logo se efetive a documentação do ato (Gerber, 2003, p. 112-115). O caráter efêmero do flagrante não impede, evidentemente, que sobrevenha o cerceamento da liberdade por decretação judicial de medida cautelar, caso necessária e inevitável; mas, nesse caso, observar-se-á o devido processo legal. Logo, a situação de flagrante, por si só, não pode autorizar que a colheita de provas se realize ao largo das garantias processuais individuais, nem se admite como essencial a finalidade de evitar a fuga, que seria função instrumental ao processo e, por isso, sujeita à jurisdicionalidade.

Uma observação é necessária antes de prosseguir. Dizer que a finalidade é a autotutela não significa que seja idêntico o título jurídico da captura em todas as hipóteses. O art. 301 do Código de Processo Penal desdobra o flagrante em facultativo, quando praticado por qualquer do povo, e obrigatório, quando praticado pela autoridade policial ou seus agentes; no primeiro caso, a conduta se qualifica como exercício regular de direito e, no segundo, como estrito cumprimento do dever legal (Rangel, 2023, item 7.3.2). O sujeito e o título variam; a finalidade, não — em ambos, o que legitima a intervenção é a interrupção imediata da agressão, razão pela qual o mesmo autor, embora filiado à corrente cautelar, define o instituto como medida de autodefesa social. O item 4 retomará essa distinção, decisiva para qualificar juridicamente cada uma das duas situações.

Uma vez delimitada a autotutela como a única finalidade constitucional legítima da prisão em flagrante, torna-se evidente a inadequação das classificações tradicionais, e é com base nessa premissa que se passa a analisar a insustentabilidade das teses que lhe atribuem natureza cautelar ou precautelar.

2 A INADEQUAÇÃO DA NATUREZA CAUTELAR NO CONTEXTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Deve-se entender por natureza jurídica o perfeito enquadramento de determinado instituto dentro da ordem jurídica vigente, ou seja, a percepção de sua própria natureza dentro da sistemática em vigor (Rangel, 2023, item 3.3). E é sabido que, ao contrário da prisão preventiva e da prisão temporária, a prisão em flagrante prescinde de prévia autorização judicial, estando sua efetivação circunscrita à presença de uma das situações de flagrância descritas no art. 302 do Código de Processo Penal (Lima, 2012, p. 190).

Na redação originária do Código, o flagrante era fundamento suficiente para que o acusado permanecesse preso durante todo o processo, salvo se afiançável o delito. Esse sistema começou a ruir com a Lei n. 6.416/1977 (Brasil, 1977), que passou a impor a liberdade provisória quando o auto não revelasse hipótese autorizadora da preventiva, e ruiu de vez com a Lei n. 12.403/2011: ao receber o auto, o juiz deve, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, converter o flagrante em preventiva ou conceder liberdade provisória (Lima, 2012, p. 191-192).

Essa evidência tornou-se ainda mais contundente com a Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que, ao positivar a audiência de custódia e, principalmente, ao vedar a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, sepultou o que Aury Lopes Jr. (2021, cap. II, item 8) classifica como uma “burla de etiquetas”. A conversão do flagrante em preventiva passou a depender, obrigatoriamente, de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou de representação da autoridade policial, pois, como ensina Capez (2024, item 16.1.3), “não se pode mais decretar de ofício”. Essa inovação legislativa, que reforça o sistema acusatório, foi definitivamente consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula n. 676: “Em razão da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível ao juiz, de ofício, decretar ou converter prisão em flagrante em prisão preventiva” (Brasil, 2024).

A prisão em flagrante, por si só, não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico, como observa Nereu José Giacomolli:

A expressão o flagrante prende por si só não encontra validade constitucional, em face do art. 93, IX, da CF, e a partir da Lei nº 12.403/2011, nem no plano da lei ordinária (art. 310 do CPP). [...] a prisão advinda da lavratura do auto de prisão em flagrante situa-se num estado precário, pré-cautelar, sem o crivo da jurisdicionalidade, ademais de encarnar um suporte circunstancial fático constatado e consubstanciado por uma autoridade administrativa. [...] mesmo

quando o auto de prisão em flagrante for homologado, com a satisfação de todos os requisitos legais genéricos e específicos, a prisão ainda não está fundamentada (Giacomolli, 2016, p. 202).

A referência do autor ao estado “pré-cautelar” será enfrentada no item seguinte; por ora, importa reter o dado destacado: o suporte do flagrante é fático, constatado por autoridade administrativa, e não decisão jurisdicional fundamentada.⁶ Diante desse quadro, questiona Renato Brasileiro de Lima:

Se a prisão em flagrante já não é mais capaz de justificar, por si só, a subsistência da prisão do agente, cuja necessidade deve ser aferida à luz da presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, discute-se na doutrina acerca de sua verdadeira natureza jurídica: medida de caráter precautelar, ato administrativo, e, portanto, espécie de prisão administrativa, ou prisão cautelar? (Lima, 2012, p. 192).

As medidas cautelares pessoais são provimentos judiciais que, visando garantir resultado útil ao processo penal, impõem maior ou menor restrição à liberdade do acusado (Jardim; Amorim, 2016, p. 410; Lima, 2014, p. 773-774; Nucci, 2014, p. 29-30; Tourinho Filho, 2012, p. 448), tendo como pressuposto lógico, além da probabilidade do crime, a existência de risco ao regular desenvolvimento ou à eficácia do processo causado pela liberdade do réu (Lima, 2014, p. 786-788; Lopes Jr., 2013, p. 27). O próprio emprego da palavra “cautelar” já revela que a característica essencial dessas medidas é a salvaguarda futura, pois só há cautela sobre fatos que ainda não aconteceram, embora prováveis; quando se tutela fato passado não há cautela, mas remédio para situação já materializada (Ferreira, 2009).

Sobre tais balizas, não é possível acomodar a prisão em flagrante às medidas cautelares: no momento em que ela ocorre não há valoração alguma acerca do perigo que a liberdade do suposto agressor representa ao processo (Avena, 2015, p. 981-982; Lima, 2014, p. 862; Sanguiné, 2014, p. 168). Falta-lhe o pressuposto lógico de existência da cautelar, o risco processual a ser tutelado; e, embora possa em certas circunstâncias beneficiar aspectos do processo, está longe de ser “um instrumento a serviço do processo” (Lopes Jr., 2013, p. 27).

Ademais, se o flagrante fosse prisão cautelar, ter-se-ia prisão processual obrigatória no caso do art. 301 do Código de Processo Penal, o que há muito não se

⁶ Como se verá no item 3, o fato de a prisão em flagrante situar-se em estágio anterior ao de uma eventual medida cautelar posterior não é razão suficiente para identificar a sua natureza jurídica como “precautelar”.

admite por contrariedade constitucional (Karam, 1993, p. 86-88). Aliás, foi justamente a admissão de finalidade cautelar que levou o Código, em sua redação original, a permitir que o réu preso em flagrante por crime inafiançável permanecesse preso durante todo o processo, sem motivação em qualquer das hipóteses da preventiva (Silva Júnior, 2008, p. 812).

Poder-se-ia objetar, neste ponto, que “ato administrativo” e “medida cautelar” não são categorias que se excluem: a primeira responderia à pergunta sobre quem pratica o ato e sob que regime; a segunda, sobre a função que ele cumpre no sistema — de modo que nada impediria que o flagrante fosse, a um só tempo, administrativo quanto à autoria e cautelar quanto à função. É exatamente essa a posição de Marcão (2012, item 2.4), que afirma as duas coisas na mesma página. A objeção seria procedente em um ordenamento no qual a cautelaridade fosse categoria puramente funcional; não é o caso do processo penal brasileiro. Aqui, a garantia da jurisdição integra o próprio conceito de medida cautelar pessoal: não há cautelar penal sem provimento jurisdicional que a determine, fundamentadamente, a partir da valoração do *periculum libertatis*. Retirada a jurisdição, o que resta não é uma cautelar imperfeita, mas outra coisa. A alternativa, portanto, é real, e não meramente classificatória.

O que a autoridade policial, seu agente ou qualquer do povo tem autorização constitucional para fazer é efetuar a detenção, possibilitando que o juiz decida, depois, se a pessoa deve ou não ser levada à prisão. Não há, propriamente, prisão em flagrante como espécie de medida acautelatória: o flagrante constitui e justifica apenas mera detenção, cabendo ao magistrado, após o exame do auto e a audiência de custódia, decidir sobre a preventiva (Silva Júnior, 2021, item 9.6.5.2.1). Fica evidente, assim, que o juiz não homologa nem mantém a prisão em flagrante, tampouco pode dizer, laconicamente, que a mantém: terá de proferir, se for o caso, decisão fundamentada de decretação da prisão processual, transformando aquela medida administrativa de detenção em prisão processual (Silva Júnior, 2021, item 9.6.5.2.1). Não resultando de ordem fundamentada de juiz, mas de ato de agente público ou de particular, afasta-se a cautelaridade do flagrante, que é instrumento de defesa dirigido a fato que está acontecendo, para interrompê-lo, ou que acaba de acontecer, para, de maneira incontinenti, evitar-lhe o esgotamento (Capez, 2015, p. 320; Fernandes, 2012, p. 295-296; Lima, 2014, p. 859; Lopes Jr., 2013, p. 49-50).

Ademais, a natureza não cautelar da prisão em flagrante se revela pela ausência, no momento da captura, dos requisitos essenciais de toda cautelaridade: o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. O primeiro, embora possa parecer presente pela evidência do crime, é apreciado de forma superficial e não jurisdicional por quem conduz a prisão. Já o *periculum libertatis* — o risco concreto que a liberdade do agente representa para a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal — é ignorado no ato da captura, que não se baseia em prognóstico sobre o futuro, mas em constatação de fato presente ou imediatamente passado. A análise do perigo futuro é matéria exclusiva da decisão judicial subsequente que, após o Pacote Anticrime, não pode sequer ser proferida sem provocação da parte acusadora (Badaró, 2021, item 18.2.2.1; Brasil, 2024).

3 A IMPROPRIEDADE DA TESE PRECAUTELAR FRENTE À FINALIDADE CONSTITUCIONAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Afastada a natureza cautelar, resta analisar a segunda solução doutrinária: a atribuição de caráter precautelar ao flagrante. Conforme preconizam seus defensores, essa natureza deriva de que, embora não se volte a tutelar resultado útil ao processo, a medida se destina a apresentar o capturado ao juiz, para que este imponha ou não uma cautelar (Avena, 2015, p. 981-982; Badaró, 2021, item 18.2.2.1; Gomes, 2011b, p. 89-91; Lima, 2014, p. 861-863; Lopes Jr., 2013, p. 49-54; Sanguiné, 2014, p. 166-170).

Essa compreensão era reforçada, antes da reforma de 2019, pela leitura do art. 310, segundo a qual o juiz deveria converter o flagrante em preventiva sempre que presentes os requisitos dos arts. 312 e 313. Com a Lei n. 13.964/2019 e a Súmula n. 676, o argumento perdeu força: a conversão deixou de ser decorrência quase automática para tornar-se possibilidade condicionada à provocação da acusação ou da autoridade policial, e o juiz pode relaxar a prisão ou conceder liberdade provisória sem que a cautelaridade sequer seja suscitada, o que enfraquece a ideia de instrumentalidade necessária entre o flagrante e a futura cautelar (Brasil, 2024).

Dentre as suas características, Aury Lopes Jr. (2013, p. 50-51) aponta a instrumentalidade — a prisão em flagrante serviria de instrumento à futura imposição de medida cautelar — e, ao mesmo tempo, a autonomia, pois há casos em que ela não acarreta medida cautelar alguma, como há medidas cautelares não precedidas de flagrante.

Percebe-se, dessas linhas gerais, que os defensores da natureza precautelar incorrem, ainda que indiretamente, na mesma impropriedade da corrente analisada anteriormente. A cautelaridade restou afastada no item anterior por faltar-lhe o pressuposto lógico de existência, que é o risco futuro ao processo; atribuir ao flagrante natureza de medida precautelar é, de forma apenas mais tênue, vinculá-lo igualmente a um interesse futuro — a imposição de medida cautelar.

Ocorre que o fundamento da prisão em flagrante não é fato processual futuro, mas agressão atual ou imediatamente passada, cuja existência dá ensejo à privação da liberdade como forma de impedir a sua progressão ou exaurimento. Por que, então, explicar a sua natureza jurídica com base em fundamento estranho ao próprio instituto?

Ainda que adote a premissa aqui rechaçada, Marcão (2012, item 2.4) critica o critério precautelar, aduzindo não ser razoável privar alguém da liberdade — ainda que por no máximo vinte e quatro horas — apenas para que, depois, o juízo verifique a necessidade de providências cautelares cuja aplicação prescinde de tal privação.

Ademais, caso de fato houvesse essa relação de instrumentalidade entre a prisão em flagrante e as medidas cautelares, não haveria sustentação para a já mencionada “autonomia” dessa prisão (Lopes Jr., 2013, p. 50-51), pois não se explicariam os casos em que, ocorrendo o flagrante, a imposição de medida cautelar não se mostra necessária — o que se dá justamente porque, tendo como finalidade apenas a interrupção da agressão supostamente injusta, a prisão em flagrante tem lugar mesmo quando, exaurida a sua finalidade, não haja pressuposto para qualquer medida cautelar.

Outra vertente considera o flagrante precautelar não por instrumentalidade com futura cautelar, mas por não haver nele *periculum libertatis*. É a posição de Dezem (2016, item 13.2.2) que, em analogia com o processo civil — no qual há medidas transitórias entre distintas situações jurídicas, como o arresto preparatório da especialização de hipoteca legal —, aduz que o simples fato de uma medida ser convertida em outra não torna a primeira precautelar. O argumento é parcialmente correto: a conversibilidade não define natureza jurídica. Contudo, dizer que o flagrante é precautelar por lhe faltar *periculum libertatis*, com todas as vênias, incide na mesma falácia de definir um instituto não por seus caracteres intrínsecos, mas por um fator externo.

A classificação da prisão em flagrante como “pré-cautelar” é, em última análise, um eufemismo. O flagrante não antecipa medida futura: é reação imediata diante do crime em andamento, ato de polícia administrativa autorizado diretamente pela Constituição, que dispensa intervenção judicial no momento da captura, sobrevivendo o controle jurisdicional apenas depois. A ideia de “pré-cautela” funciona, portanto, como recurso didático para diferenciar o flagrante das medidas cautelares efetivamente decretadas pelo Judiciário; dizer que ele é precautelar demonstra o óbvio — que não é cautelar —, mas não explica sua natureza.

Conclui-se, assim, mais essa etapa, com o afastamento da natureza precautelar da prisão em flagrante, pois, do contrário, estar-se-iam alargando indevidamente as suas finalidades para além do limite imposto pela Constituição.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO ATO ADMINISTRATIVO

A prisão em flagrante tem por objetivo a interrupção da atividade supostamente criminosa e se esgota no momento em que a interrompe (Lopes Jr., 2013, p. 49-50). Não se assemelha, assim, às duas modalidades de prisão tradicionalmente reconhecidas em nosso ordenamento — a prisão processual, que visa a garantir resultado útil à investigação ou ao processo, e a prisão pena, sanção aplicada ao cabo do devido processo legal (Capez, 2015, p. 307-308; Silva Júnior, 2008, p. 821-824; Zaffaroni; Pierangeli, 2015, p. 100-109). Em verdade, distancia-se da própria representação atrelada à palavra “prisão” — o cárcere, a situação em que alguém é mantido em local determinado (Casara, 2014, p. 29; Távora; Alencar, 2015, p. 817; Tourinho Filho, 2012, p. 429) —, aproximando-se de mera detenção destinada a impedir que o agressor prossiga na agressão em tese ilegítima (Capez, 2015, p. 333; Silva Júnior, 2008, p. 879-880).

Fiel ao argumento desenvolvido no item 2 — de que o flagrante constitui e justifica apenas a detenção, cabendo ao juiz, na audiência de apresentação, definir se a prisão preventiva deve ou não ser decretada (Silva Júnior, 2021, item 9.6.5.2.1) —, a qualificação que se propõe é a de ato de polícia administrativa: ato praticado por autoridade administrativa, no exercício de poder próprio da função executiva, que dispensa ordem judicial para a sua execução (Casara, 2014, p. 35-36; Silva Júnior, 2008, p. 875-882).

Afirmá-lo, contudo, exige mais do que invocar o rótulo: a doutrina processual penal costuma aludir ao “caráter administrativo” do flagrante sem confrontá-lo com o regime jurídico correspondente, o que enfraquece a tese justamente onde ela deveria ser mais forte. Os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade (Di Pietro, 2018, item 7.7), e todos comparecem na captura realizada por agente público: o sujeito é a autoridade policial ou seu agente, legalmente investido e competente por força do art. 301 do Código de Processo Penal; o objeto é a restrição imediata da liberdade de locomoção; a forma é a voz de prisão, documentada no auto respectivo (arts. 304 a 307); o motivo é o pressuposto fático descrito no art. 302 — a situação de flagrância —, cuja inexistência contamina o ato; e a finalidade é a interrupção da agressão a bem jurídico penalmente tutelado.

Mais precisamente, trata-se de medida de polícia administrativa, e os atributos clássicos desse poder — discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade (Di Pietro, 2018, item 5.6) — descrevem o fenômeno com exatidão. A autoexecutoriedade é justamente “a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário” (Di Pietro, 2018, item 5.6); é ela que explica, no plano do direito administrativo, aquilo que o art. 5º, LXI, da Constituição excepcionalmente autoriza no plano processual penal. Não por acaso, a doutrina administrativa registra que a autoexecutoriedade dispensa procedimento prévio quando a medida é urgente, sem que isso autorize a Administração a agir arbitrariamente ou a exceder-se no emprego da força (Di Pietro, 2018, item 5.6) — descrição que se aplica, sem ajustes, à captura em flagrante.

Duas ressalvas de rigor se impõem. A primeira é que, em sentido técnico estrito, a captura é operação material — ato da Administração que “não contém manifestação de vontade, mas envolve apenas execução” (Di Pietro, 2018, item 7.2) —, sendo o auto de prisão em flagrante o ato administrativo formal que a documenta e a torna controlável. A distinção não infirma a tese: reforça-a, pois nem a operação material nem o ato que a formaliza são provimentos jurisdicionais.

A segunda ressalva obriga a corrigir afirmação corrente na doutrina processual penal, segundo a qual o particular que prende em flagrante o faria por delegação do poder de polícia. O poder de polícia é indelegável a particulares, entendimento reconhecido pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que envolve prerrogativas — notadamente a autoexecutoriedade e a

coercibilidade — que só podem ser atribuídas a quem esteja legalmente investido em cargo público (Di Pietro, 2018, item 5.6). O flagrante facultativo é outra coisa: exercício regular de direito conferido diretamente pela lei ao particular (Rangel, 2023, item 7.3.2), figura próxima da legítima defesa e do desforço imediato, isto é, autotutela em sentido próprio. Há, portanto, dois títulos distintos para o mesmo fenômeno — poder de polícia, quando o sujeito é agente estatal; autotutela privada autorizada, quando é particular. O que ambos têm em comum, e é o que importa para a controvérsia, é a ausência de jurisdição.

Digno de nota é que mesmo autores filiados à corrente precautelar reconhecem esse dado. Badaró (2021, item 18.2.2.1) define a prisão em flagrante como “uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois jurisdicionalizada”, e Jardim e Amorim (2016, p. 370-374) a descrevem como ato complexo, formado pela captura administrativa e pela subsequente atuação jurisdicional. A tese do ato complexo merece resposta detida, por ser a objeção mais consistente à posição aqui defendida. Ato complexo, na teoria do ato administrativo, é aquele em que duas ou mais vontades se fundem para formar um ato único, com identidade de conteúdo e de fins (Di Pietro, 2018, item 7.9). Não é o que se passa no flagrante. A captura produz efeitos jurídicos imediatos e completos — a privação da liberdade — independentemente de qualquer manifestação posterior do juiz; ela é válida ou inválida no momento em que se realiza, e é por referência a esse momento que sua legalidade se afere. A decisão judicial que se segue não integra a captura: pressupõe-a como fato consumado e decide coisa diversa, a saber, se a custódia prosseguirá e sob que novo título. Tanto é assim que a captura pode ser ilegal e legítima a prisão preventiva que a suceda, e vice-versa. Não há um ato que se completa; há dois atos, de naturezas distintas, encadeados no tempo. O que se jurisdicionaliza não é o flagrante, mas a custódia que eventualmente lhe suceda.

A qualificação é robustecida pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal sobre os órgãos municipais de segurança pública. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 995, o Tribunal reconheceu a validade das provas obtidas por guardas municipais por ocasião da prisão em flagrante, assentando que o estado de flagrância autoriza qualquer do povo — e, com maior razão, o agente de segurança pública em serviço — a efetuar a detenção (Brasil, 2023b); e, ao fixar a tese do Tema n. 656 da repercussão geral, declarou constitucional o exercício de ações de segurança urbana pelas guardas municipais, vedado o

desempenho de funções de polícia judiciária (Brasil, 2025). Ao validarem a atuação de órgão eminentemente administrativo na captura e, ao mesmo tempo, negarem-lhe atribuições de polícia judiciária, tais decisões confirmam a leitura aqui proposta. No mesmo sentido caminha a doutrina processual penal que se ocupou do ponto: Bonfim (2019, item 8.4) observa que, por ser medida permitida pela Constituição, o flagrante prescinde de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, tendo, por isso, caráter administrativo.

É possível, por fim, que determinadas capturas tragam consigo elementos de prova da materialidade e da autoria, evitem a fuga do suspeito ou preservem provas no local do crime. Tais reflexos não são a finalidade do ato nem compõem sua essência: são decorrências lógicas da sua prática, e é justamente para controlar a irradiação desses efeitos no processo penal que se exige a documentação da prisão no auto respectivo, hoje somada à audiência de custódia. Resta indubitável, assim, que a natureza jurídica da prisão em flagrante é de ato administrativo, sem cunho jurisdicional, de sorte que as consequências daí decorrentes — relaxamento, decretação da preventiva ou liberdade provisória — devem ser analisadas e decididas pelo juiz (Silva Júnior, 2021, item 9.6.5.2.1).

5 CONSEQUÊNCIAS DOGMÁTICAS DA QUALIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA

A qualificação proposta não é exercício de taxonomia. Dela decorrem consequências práticas que as leituras cautelar e precautelar obscurecem e que convém explicitar, ainda que sem pretensão de esgotá-las.

A primeira diz respeito à responsabilidade civil do Estado. Se a captura é ato de polícia administrativa, o dano dela decorrente submete-se ao art. 37, § 6º, da Constituição, com responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo, bastando ao lesado demonstrar a conduta, o dano e o nexo causal (Oliveira, R. C. R., 2021, item 24.6). Não é o que sucede com os atos jurisdicionais, em relação aos quais a jurisprudência brasileira, como regra, recusa a responsabilização, admitindo-a nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da Constituição e do art. 630 do Código de Processo Penal — erro judiciário e prisão além do tempo fixado na sentença (Di Pietro, 2018, item 15.7). A diferença é sensível: quem é capturado ilegalmente e liberado na audiência de custódia não sofreu erro judiciário algum; sofreu dano causado por agente administrativo no exercício do poder de polícia, e é sob esse regime, mais favorável ao lesado, que sua pretensão indenizatória deve ser examinada. Tratar o flagrante



como cautelar ou precautelar embaralha os regimes e tende a atrair, indevidamente, a lógica restritiva da responsabilidade por ato jurisdicional. Não por acaso, a doutrina administrativa já registra que o excesso no emprego da força em medida de polícia urgente gera o dever de indenizar com fundamento no art. 37, § 6º (Di Pietro, 2018, item 5.6).

A segunda refere-se aos parâmetros do controle judicial. Se o que o juiz examina na audiência de custódia é ato administrativo, o exame não é de homologação, mas de legalidade aferida pelos elementos do ato — roteiro mais preciso do que a fórmula genérica da “regularidade formal”: competência do agente; existência do motivo, isto é, da situação de flagrância do art. 302; adequação do objeto; observância da forma dos arts. 304 a 307; e conformidade com a finalidade legal, sob pena de desvio de poder. A tudo se soma a proporcionalidade dos meios aos fins, que limita toda medida de polícia (Di Pietro, 2018, item 5.7) e que, no flagrante, incide sobre o modo e a intensidade do emprego da força.

A terceira diz respeito ao vício de finalidade. O flagrante preparado e o forjado costumam ser tratados apenas no plano da tipicidade — crime impossível, na leitura consolidada da Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal. A qualificação administrativa acrescenta uma segunda camada: quando o agente público provoca ou fabrica a situação de flagrância, não atua somente sobre fato atípico; pratica ato de polícia com finalidade diversa da prevista em lei, incidindo em desvio de poder, o que acarreta a nulidade do ato, com repercussões nas esferas civil, penal e administrativa (Di Pietro, 2018, item 5.7), além da ilicitude das provas dele derivadas (art. 157 do Código de Processo Penal).

A quarta decorre da distinção traçada no item anterior. Como o poder de polícia é indelegável, o particular que captura não age como *longa manus* da Administração, mas por conta própria, no exercício regular de um direito. Daí que o excesso por ele cometido não atraia a responsabilidade objetiva do Estado, e sim a pessoal, regida pelo direito comum, nem lhe sejam aplicáveis os tipos da Lei n. 13.869/2019, cujo sujeito ativo é, por definição legal, o agente público, servidor ou não (art. 2º). A uniformização das duas hipóteses sob o rótulo comum de “prisão em flagrante” encobre regimes de responsabilidade diversos.

CONCLUSÃO

A revisão da literatura processual penal permite extrair algumas considerações sobre a finalidade e a natureza jurídica da prisão em flagrante à luz dos princípios constitucionais. Quanto à finalidade, por representar clara exceção à jurisdiicionalidade decorrente do devido processo legal, a prisão em flagrante deve se restringir ao mínimo necessário à proteção da sociedade. Enquanto medida de autodefesa social, justificada pela impossibilidade material de onipresença do Estado, só pode ter como fim essencial a interrupção da agressão supostamente criminosa a bem jurídico protegido pelo Direito Penal ou, no máximo, o impedimento de seu exaurimento — não se admitindo nenhum outro, pois qualquer cerceamento à liberdade do suposto agressor depende da observância do devido processo legal.

Essa primeira conclusão conduz à segunda e principal contribuição do trabalho: a identificação da natureza jurídica do instituto, afastadas as classificações majoritárias. Uma vez que a prisão em flagrante não tem por finalidade garantir resultado útil ao processo penal, não pode ser enquadrada como medida cautelar, cuja razão de ser é exatamente essa garantia futura; e, pelo mesmo motivo, tampouco como precautelar, cujo pressuposto se verificou ser idêntico. O entendimento é reforçado pela Lei n. 13.964/2019, que institucionalizou a audiência de custódia como filtro obrigatório e vedou a conversão de ofício do flagrante em preventiva, vedação consolidada na Súmula n. 676 do Superior Tribunal de Justiça.

Apresentou-se, então, a natureza de ato de polícia administrativa como a que mais se coaduna com a finalidade constitucional do instituto, mediante confronto com os elementos e os atributos que o direito administrativo atribui a essa categoria — confronto que também impôs corrigir a afirmação, corrente entre processualistas, de que o particular prenderia por delegação do poder de polícia, quando na verdade exerce autotutela autorizada.

Da qualificação proposta extraem-se, ainda, consequências que não são meramente classificatórias: a responsabilidade civil do Estado por captura ilegal rege-se pelo art. 37, § 6º, da Constituição, e não pelo regime restritivo dos atos jurisdicionais; o controle exercido na audiência de custódia é controle de legalidade de ato administrativo, com parâmetros definidos por seus elementos; o flagrante provocado ou forjado configura desvio de poder, e não apenas fato atípico; e o excesso praticado pelo particular não atrai a responsabilidade objetiva do Estado nem os tipos da lei de abuso de autoridade.



Cumpra advertir, por fim, que quase nunca a previsão abstrata de um instituto, por si, lhe confere legitimidade: é preciso que o operador do direito identifique suas nuances e sua finalidade essencial associada à natureza jurídica, pois a lei em sentido amplo pode ser interpretada sob diversos paradigmas e nem sempre traz os parâmetros para a aferição da legitimidade de determinado instituto — como se dá com a prisão em flagrante — dentro do contexto do processo constitucional.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do processo penal. *In*: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Prefácio.

BINDER, Alberto. La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-33.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. **Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977**. Altera dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 12 set. 2026.



BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm>. Acesso em: 14 set. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 676**. Em razão da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível ao juiz, de ofício, decretar ou converter prisão em flagrante em prisão preventiva. Terceira Seção, Brasília, DF, julgado em 11 dez. 2024, DJe de 17 dez. 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Plenário. Julgado em 24 ago. 2023. Brasília, DF: STF, 2023a. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/-detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 995/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Plenário. Julgado em 25 ago. 2023. Brasília, DF: STF, 2023b. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6602452>>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 608.588/SP**: Tema n. 656 da repercussão geral. Relator: Min. Luiz Fux. Plenário. Julgado em 20 fev. 2025. Brasília, DF: STF, 2025. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3832832>>. Acesso em: 12 set. 2026.

BRENE, Cleyson. **Manual de processo penal para polícia**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrio Nuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Luiz Antonio. **Prisão e liberdade provisória**: lineamentos e princípios do processo penal cautelar. Curitiba: Juruá, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 31. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book.

CARVALHO, Salo de. As presunções do direito processual penal (estudo preliminar do “estado de flagrância” na legislação brasileira). In: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 201-208.

CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.



COELHO, Inocência Mártires. A experiência constitucional brasileira: da carta imperial de 1824 à constituição democrática de 1988. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 183-213.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: EDUSP, 2015.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

GERBER, Daniel. **Prisão em flagrante**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 282. *In*: BIANCHINI, Alice *et al.* **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a. p. 22-88.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 283. *In*: BIANCHINI, Alice *et al.* **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b. p. 89-95.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 83-93, abr./jun. 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar**: doutrina, jurisprudência e prática. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.



LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 4. Campinas: Millennium, 2009.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal: curso completo**. Barueri: Manole, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NICOLITT, André Luiz. **Lei n. 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2021. E-book.

PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição: transformações, permanências. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 550-569, jan./fev. 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 31. ed. Barueri: Atlas, 2023. E-book.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 2. ed. rev. e ampl. Natal: OWL, 2021. E-book.



STRECK, Lenio Luiz. O “novo” código de processo penal e as ameaças do velho inquisitorialismo: nas so(m)bras da filosofia da consciência. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 445-474.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA NO MICROSSISTEMA

PROCESSUAL COLETIVO

THE SUBJECTIVE LIMITS OF RES JUDICATA IN COLLECTIVE PROCEDURAL
MICROSYSTEMBeatriz Penido Reis Simili¹

Resumo: O artigo visa à análise dos mecanismos do microssistema processual coletivo brasileiro que visam à tutela efetiva e isonômica de direitos titularizados por coletividades, *a priori*, indeterminadas. Para isso, foi realizado cotejo analítico entre institutos tradicionais da sistemática processualista brasileira, que objetiva cancelar direitos titularizados por indivíduos isoladamente considerados, e os institutos delineados a partir da promulgação de diplomas legais que centralizam a problemática da tutela de direitos coletivos *lato sensu*. Os resultados indicam um novo desenho das forças *res judicata*, que passa a adquirir contornos mais amplos do que os consagrados pela regra limitativa dos efeitos subjetivos, que no processo civil individual realizam-se, em regra, *inter partes*. Assim, consagrada a produção de efeitos *erga omnes* e *ultra partes* no âmbito de processos que visem à tutela de direitos coletivos, percebe-se o esforço legislativo e jurisprudencial para amplificar o acesso à justiça por todos aqueles que, pertencentes à coletividade lesada, observaram a redução do patrimônio jurídico individual. Portanto, opera o transporte *in utilibus* da coisa julgada importante papel no que toca à proteção dos direitos individuais subjacentes à lide coletiva, permitindo o aproveitamento do *decisum* coletivo na tutela de direitos individualmente titularizados, viabilizando economia processual e igualdade de tratamento perante a jurisdição. Por fim, o estudo conclui pela inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 7.347 que, ao limitar territorialmente os efeitos da coisa julgada, confunde a abrangência conceitual de “competência” e “jurisdição”, e restringe os mecanismos do microssistema coletivo de maior abrangência e efetividade de decisões afirmativas de direitos de terceira dimensão.

Palavras-chave: processo coletivo; coisa julgada; transporte *in utilibus*.

Abstract: The aim of this monograph is to analyze the mechanisms used in the Brazilian collective procedural microsystem that promote effective and equal protection of collective rights. Therefore, an analytical comparison was carried out between institutes traditionally recognized by the Brazilian procedural system, which seems to endorse individual rights, and the institutes based on the promulgation of legal diplomas that centralize the protection of collective rights, especially the Código de Defesa do Consumidor. It resulted in a new design of the *res judicata* forces, which begins to acquire broader contours than those carried out by individual process, that limits the subjective effects to whom take part in the judicial process. In the light of this, having established the production of *erga omnes* and *ultra partes* effects in the processes designed to protect collective rights, we can see the legislative and jurisprudential effort to increase access to justice for all those who, belonging to the injured community, faced individual damages. Hence, the transport *in utilibus* of the *res judicata* plays an important role in terms of protecting individual rights affected behind the collective damages, promoting the use of the collective decisions in

¹ Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada. E-mail: similibeatriz@gmail.com



protection individual rights and, consequently, process economy and equality. Finally, the present study concludes that the article 16 of Law nº 7.347 is clearly unconstitutional owing to the territorial limitation of the effects of the *res judicata*. Confusing the concept of “competence” and “jurisdiction”, this legal restriction certainly prejudices the mechanisms developed in the collective microsystem that aim to improve the effectiveness of decisions that affirm third-dimensional rights.

Keywords: collective process; *res judicata*; transportation in *utilibus*.

INTRODUÇÃO

Erigida a sistemática do microssistema processual coletivo brasileiro sob a égide de diplomas normativos consagrados para a proteção de direitos de terceira geração, sobretudo com as bases fornecidas pelo diploma consumerista, o presente trabalho visa abordar a mudança percebida em âmbito nacional no que toca à centralidade assumida pela tutela de direitos titularizados por coletividades, *a priori*, indeterminadas. Nesse sentido, fez-se fundamental a adoção do marco doutrinário capitaneado por Kazuo Watanabe (2006), que retrata o giro jurisdicional da preocupação com conflitos atomizados, eminentemente individualistas, para a molecularização dos conflitos, que revelam-se através da lesão a direitos de terceira dimensão.

Em vista do referido cenário, necessário se fez o cotejo analítico entre institutos delineados sob a vigência de conflitos eminentemente atomizados para os crescentes litígios que se manifestam em dimensão coletiva. Assim o sendo, torna-se patente a diferença estabelecida entre os contornos assumidos pela *res judicata* nos processos individuais e nos processos coletivos. Enquanto naquele a *res judicata* tem seus efeitos, via de regra, limitado às partes integrantes da lide; nesse, a coisa julgada produz seus efeitos para além dos limites subjetivos da relação processual, sendo *ultra partes* ou *erga omnes*.

Sob o prisma das assimetrias apuradas quando da análise dos institutos processuais, buscou o presente trabalho perquirir a diferença entre o regime da coisa julgada nos processos individuais e naqueles que visam à tutela de direitos titularizados pelo corpo social. Constatada a maior amplitude dos efeitos subjetivos da coisa julgada no âmbito do processo coletivo, evidentes tornam-se os esforços legislativos que objetivam conferir maior efetividade a esses direitos a partir da arquitetura de institutos como o transporte *in utilibus* da coisa julgada no processo coletivo e do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Enquanto a formação de coisa julgada *secundum eventum litis* revela aptidão para melhor tutelar a situação dos indivíduos que tiveram direitos individuais subjacentes à lide coletiva lesados, o transporte *in utilibus* viabiliza a utilização do decisorio coletivo na chancela dos referidos direitos individuais. Consequentemente, a prescindibilidade do ajuizamento de ação que percorra, novamente, a fase cognitiva do processo, viabiliza a concretização dos princípios da isonomia e da economia processual.

Por fim, ocupou-se o presente trabalho da indevida limitação aos efeitos da coisa julgada percebido quando da análise do artigo 16 da Lei nº 7.347, que ao confundir os conceitos de “competência” e de “jurisdição” violou, flagrantemente, a Constituição Federal. Considerando, assim, que com o fito de potencializar o acesso à justiça por parte daqueles que viram afetados direitos individuais subjacentes à lide coletiva, vislumbra-se as peculiaridades do regime adotado quando do tratamento da *res judicata* pelo microssistema processual coletivo brasileiro, serão essas abordadas no presente artigo.

1. PROCESSO COLETIVO: UMA RESPOSTA À MOLECULARIZAÇÃO DOS CONFLITOS

Sob o prisma da teoria geracional dos direitos fundamentais, delineada por Karel Vasak, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, marcando o reconhecimento de direitos titularizados não mais pelo indivíduo em si mesmo considerado, mas pela coletividade. O surgimento do direito material coletivo, todavia, trouxe à baila a insuficiência dos institutos processualistas civis tradicionais no que toca à proteção de direitos cuja titularidade, a princípio, revela-se indeterminada.

Considerado o caráter instrumental do processo, reconhecido em Cappelletti (1988, p. 132) como mecanismo de acesso à justiça, as ondas renovatórias de acesso à justiça – descritas pelo jurista na obra “Acesso à justiça” – evidenciaram a carência do processo civil tradicional, de contornos individualistas, no que refere à proteção de interesses metaindividuais. Nesse sentido, a denominada “segunda onda renovatória de acesso à justiça” foi marcada pela adoção de uma concepção social de processo, apta a tutelar direitos difusos. Senão, vejamos a lição do autor:

“A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre

essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. [...] A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos "direitos públicos" relativos a interesses difusos." (Cappelletti; Garth, 1988, p.49-51)

Segundo Lourenço (2021), os estudos promovidos por processualistas italianos – marcadamente por Cappelletti – forneceram a base teórica necessária ao desenvolvimento do microssistema processual coletivo. Assim, o período de redemocratização brasileiro traduziu-se em ambiente propício ao desenvolvimento dos contornos de um processo voltado aos pleitos coletivos, culminando na promulgação da Lei nº 7.347/85, responsável pela regulamentação da Ação Civil Pública.

Conquanto ainda ausente diploma legal que discipline, integralmente, o processo coletivo em território nacional, a associação da referida Lei com a sistemática protetiva dos direitos coletivos consolidada pela Lei 8.078/90 (CDC), inequivocamente, fundou as bases do microssistema processual coletivo pátrio. Nesse sentido, as demandas judiciais atinentes à proteção do meio ambiente, do patrimônio público e dos interesses consumeristas, por exemplo, passam encontrar amparo jurídico específico em âmbito nacional.

Kazuo Watanabe (2006), em vista do referido panorama, retrata a mudança paradigmática observada: de um processo eminentemente individual, passou-se à preocupação com a tutela de direitos coletivos pela via de um processo, efetivamente, apto a cancelá-los. Assim, o tratamento atômico dos conflitos cedeu lugar a uma disciplina molecular, não mais cingida aos interesses egoísticos dos indivíduos.

Haja vista as particularidades dos objetos processuais – quais sejam, os direitos coletivos *lato sensu* –, as idiosincrasias inerentes a um processo não mais adstrito à tutela de interesses eminentemente individuais, o microssistema processual coletivo exige reinterpretação sistemática de institutos consolidados sob uma perspectiva atomizada do conflito. Assim o sendo, o presente trabalho visa abordar as especificidades da coisa julgada formada quando da resolução de demandas que transcendem a esfera individual, apta a produzir efeitos sobre o corpo coletivo.

2. REGIME GERAL DA COISA JULGADA

Tendo em vista a necessidade de conferir segurança jurídica às situações processuais consolidadas, emerge o instituto da coisa julgada. Enquanto a coisa julgada formal opera seus efeitos dentro do processo, funcionando como uma verdadeira “preclusão máxima”, ao impedir a rediscussão de matérias já resolvidas no âmbito de um mesmo processo; a coisa julgada material somente é observada em havendo cognição exauriente, transpondo seus efeitos os limites do processo, de modo a produzir efeitos extraprocessuais.

Ocorrendo a coisa julgada material, há a produção de dois efeitos extraprocessuais: um negativo e outro positivo. Enquanto o primeiro efeito obsta a discussão, em nova demanda, de matéria decidida definitivamente em processo anterior; o segundo vincula o juiz de uma segunda demanda ao conteúdo do que fora decidido em sentença anterior acobertada pelos efeitos da coisa julgada material.

Analizando o art. 506 do CPC, Neves (2023, p. 598) aduz que a opção legislativa por conferir efeitos *inter partes*, como regra, ao processo civil individual, funda-se no prestígio dado aos princípios da ampla defesa e do contraditório, afirmando que “não seria plausível que a sentença de mérito se tornasse imutável e indiscutível para sujeito que não participou do processo”. Todavia, insta salientar a parte final do referido artigo, que dá ensejo à produção de efeitos da coisa julgada em relação a terceiros, que não participaram do processo original.

Assim, em hipóteses legalmente previstas, como em casos de solidariedade ou de litisconsórcio unitário, a coisa julgada poderá beneficiar terceiros, mas jamais os prejudicar. Portanto, já na sistemática tradicional do processo civil, são percebidas situações em que se permite a transcendência dos efeitos da coisa julgada, que não se queda cingida, materialmente, às partes integrantes do contraditório processual.

Ainda que incipientes os contornos trazidos pelo CPC/15 quanto à produção de efeitos *ultra partes* e *erga omnes*, consiste a exceção prevista no art. 506 do CPC em prelúdio à arquitetura delineada pelo microssistema processual coletivo, que não mais os adota à título de exceção, mas como regra de efetividade e coerência das decisões. É nessa toada que exsurge a permissiva da codificação vigente quanto ao transporte *in utilibus* da coisa julgada produzida no processo coletivo.

Dessarte, com o fortalecimento do microssistema coletivo, ganha força a transcendência dos efeitos da coisa julgada em relação ao processo no qual foi produzida. É com base na assimetria entre processo individual e processo coletivo,

que mais razões assistem a maior amplitude subjetiva da coisa julgada, que será desenvolvido nos seguintes tópicos do presente trabalho panorama acerca dos contornos assumidos por esse regime especial, que centraliza a ampliação do acesso à justiça por aqueles que tiveram lesados direitos individuais subjacentes à demanda coletiva.

3. COISA JULGADA NO PROCESSO COLETIVO

Conquanto o art. 506 do CPC/15 estabeleça, como regra, a produção de efeitos *inter partes* pela coisa julgada, a transposição da referida sistemática ao microssistema processual coletivo revelaria-se insuficiente no que toca à composição das lides coletivas. Se, por um lado, o CPC/15 propõe-se à composição de conflitos cingidos à esfera individual das partes que, efetivamente, integram o contraditório; por outro, as lides coletivas fundam-se na frequente indeterminabilidade, *a priori*, dos sujeitos que veem sua esfera jurídica afetada pelo *decisum*.

É justamente com fulcro na maior amplitude do objeto da tutela coletiva que se ocupou o legislador de delinear uma sistemática própria para os efeitos produzidos pela coisa julgada nos conflitos moleculares (Watanabe, 2006). Nesse diapasão, conforme Neves (2023, p. 600): "Na tutela coletiva não se repete a regra da coisa julgada *inter partes* presente no Código de Processo Civil. O tema é versado no art. 103 do CDC e varia conforme a espécie de direito coletivo lato sensu que compõe o objeto do processo".

Visando delimitar não apenas quem poderá ser impactado por decisões proferidas em sede de processo coletivo, como também as hipóteses nas quais, efetivamente, a *res judicata* coletiva produzirá seus efeitos na esfera individual, a sistemática delineada pelo artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III do Código de Defesa do Consumidor considera tanto a espécie de direito coletivo lato sensu objeto do processo quanto o conteúdo da sentença coletiva.

Isso é, da análise do microssistema processual coletivo depreende-se a diferenciação dos efeitos da *res judicata* de acordo com o direito tutelado – se difuso, coletivo stricto sensu ou individual homogêneo. Some-se a isso, ainda, a adoção de critério relacionado à procedência ou improcedência do pedido veiculado pelas referidas demandas, dando ensejo ao regime da coisa julgada *secundum eventum litis*.

3.1. Coisa julgada na tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Conforme o art. 81, parágrafo único, I do CDC, “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”. Caracterizados pela transindividualidade, os direitos difusos transpõem a esfera do indivíduo afetado por eventual violação à sua esfera subjetiva, atingindo uma coletividade indeterminada, haja vista a ausência de relação jurídica base entre as pessoas dela integrantes. Nesse sentido, aduz Severo (2013, p. 260):

“A indivisibilidade do bem jurídico objeto dos direitos difusos advém do fato de não ser possível cotizar de modo definido quanto cada pessoa utilizou, fruiu e dispôs daquele bem. E é exatamente em função desta indeterminação de quem consome o quê, que se caracteriza o direito difuso. Pode-se usar como exemplo de violação de um direito difuso, a veiculação de uma propaganda enganosa em mídias de divulgação em massa, como televisão e jornais.”

Inequívoca resta, nesse sentido, a insuficiência dos contornos estabelecidos à *res judicata* pelo CPC/15, vocacionado à resolução de conflitos atomizados (Watanabe, 2006), quando transportados à tutela de direitos difusos. Tendo em vista que a lesão globalmente percebida difere da soma das individualmente experimentadas, direitos de tal natureza somente alcançam a plena satisfação quando se tornam objetos de um processo que contemple suas peculiaridades. Isso posto, estabelece o artigo 103, inciso II do CDC, que, no processo que vise à tutela de direitos difusos, a sentença fará coisa julgada:

“(...) *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.”

De forma contrária ao processo individual, a sentença proferida em sede de processo coletivo cujo objeto seja a tutela de direitos difusos produz coisa julgada com efeitos *erga omnes*. A oponibilidade do teor do *decisum* contra todos assiste razão de ser na própria defesa do direito, fazendo-se necessário, em virtude da própria indeterminabilidade dos indivíduos efetivamente lesados, o alcance de toda a coletividade. Ademais, acresce o §1º do mesmo artigo, referindo-se aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: “Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e

II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”.

Da conjugação dos dispositivos supramencionados, depreende-se que, nos processos cujo objeto seja a tutela de direitos difusos, a coisa julgada é formada *secundum eventum litis* – a depender do resultado do processo. Nesse sentido, a despeito de possibilitar a tutela efetiva e otimizada de direitos pertencentes a uma coletividade indeterminada, a ausência de participação efetiva dos indivíduos especificamente lesados obsta a possibilidade de prejuízo daqueles que não integraram, efetivamente, o contraditório na demanda coletiva.

Ademais, versando o art. 103, II do CDC sobre a possibilidade de qualquer legitimado propor outra ação em face de julgamento de improcedência por insuficiência de provas, o diploma consumerista colaciona o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*, assentado em razões análogas. Ou seja, ausente a integração do contraditório pelos indivíduos titulares de direitos subjacentes ao versado no processo coletivo, não restarão esses prejudicados por eventual desídia de substituto processual que não se valeu de todos os meios de prova disponíveis.

Nessa toada, conclui-se que, havendo cognição exauriente em sede de ação ajuizada na defesa de direitos difusos, formar-se-á coisa julgada material oponível erga omnes, impedindo o ajuizamento de nova demanda por colegitimados, seja a sentença de procedência ou de improcedência do pedido. Todavia, tratando-se de processo extinto por sentença de improcedência fundada na ausência de provas, a decisão não será revestida de imutabilidade, sendo permitido o ajuizamento de nova demanda fulcrada em nova prova.

3.2. Coisa julgada na tutela de direitos coletivos *stricto sensu*

Por outro lado, conforme o art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC: “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”. Na mesma esteira dos direitos difusos, são os direitos coletivos *stricto sensu* caracterizados pela transindividualidade, dependendo a tutela efetiva dessa espécie de direito da reparação de um dano global, que extrapola o limite das lesões experimentadas pelos indivíduos isoladamente considerados.

Todavia, de modo diverso, os direitos coletivos *stricto sensu* não possuem titularidade indeterminada, isso porque seus detentores encontram-se ligados por uma relação jurídica base. É justamente em virtude de características ou relações jurídicas comuns com a parte contrária que se viabiliza a visualização de laços que as identificam enquanto grupo, categoria ou classe de pessoas (Severo, 2013, p. 261). Destacando a diferença entre os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*, leciona Lourenço (2021):

“Assim, no direito difuso, o vínculo jurídico ocorre após a lesão, pois antes da lesão as partes somente estavam ligadas por uma circunstância de fato. Já no direito coletivo *stricto sensu*, o vínculo é prévio. Portanto, as peculiaridades dos direitos coletivos *stricto sensu*, quando confrontado com os direitos difusos, são: (i) a determinabilidade (ausente nos direitos difusos); (ii) e a decorrente coesão como grupo, classe ou categoria anterior à lesão.”

É em vista disso que o art. 103, II, do CDC estabelece que a coisa julgada produzida em sede de sentença proferida na tutela de direitos coletivos *stricto sensu* terá efeitos: “*ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81”. Isso é, considerada a determinabilidade dos titulares do direito, a coisa julgada produz efeitos *ultra partes*, limitada aos integrantes da coletividade que possuem liame jurídico anterior a lesão, consubstanciado em uma relação jurídica base.

A exemplo do que fora verificado quando da análise dos efeitos da coisa julgada no que toca às sentenças proferidas em sede de processo que vise à tutela de direitos difusos, para a exata compreensão do regime jurídico relativo aos direitos coletivos *stricto sensu*, faz-se necessária a conjugação do dispositivo supracitado com o §1º do mesmo artigo. Assim, a sentença de improcedência fundada na ausência de provas também não prejudicará o direito dos integrantes da coletividade, produzindo coisa julgada material somente quando verificada cognição exauriente.

Em vista disso, colaciona Pizzol (p.16), a respeito da tutela de direitos transindividuais – sumarizando, aqui, o regime jurídico da *res judicata* tanto nos processos que visem à tutela de direitos difusos quanto de direitos coletivos *stricto sensu*:

“Como vimos: sendo acolhido o pedido do autor, todos os titulares do direito material [...] serão atingidos pela sentença; sendo proferida sentença

negativa, em virtude de insuficiência de provas, não se produzirá a coisa julgada com relação aos legitimados, que poderão propor nova ação, com mesmo fundamento, desde que baseada em nova prova; se a ação for julgada improcedente por outro motivo diverso da insuficiência de provas, formar-se-á a coisa julgada, não sendo possível a propositura de outra ação coletiva. Sendo o processo extinto sem julgamento de mérito, por um dos fundamentos do artigo 267 do CPC, a sentença fará apenas coisa julgada formal, não restando inviabilizada a propositura de nova ação coletiva.” (Pizzol, p. 16)

Por conseguinte, a sentença responsável pela resolução de litígio que verse sobre direitos coletivos *stricto sensu* produzirá, assim como aquelas que versem sobre direitos difusos, coisa julgada *secundum eventum litis*. Desse modo, afasta-se a possibilidade de o titular do direito individual subjacente ser prejudicado pelo insucesso ocorrido na tutela coletiva em virtude da insuficiência do conjunto probatório apresentado por eventual substituto processual.

Assim o sendo, tratando-se de direito de natureza transindividual, somente não se verificará coisa julgada material em caso de julgamento de improcedência por insuficiência de provas, adotado aqui, também, o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Possível, portanto, verificada prova nova, a propositura de nova demanda, cujo objeto seja o mesmo veiculado em demanda coletiva anteriormente julgada improcedente em virtude da ausência de provas.

3.3. Coisa julgada na tutela de direitos individuais homogêneos

Conforme o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”. Verifica-se em princípio, portanto, a ausência do caráter da transindividualidade dos direitos individuais homogêneos, que, de modo diverso dos direitos difusos e dos direitos coletivos *stricto sensu*, não transcendem, per se, a esfera individual.

Nesse sentido, diz-se que os direitos individuais homogêneos são “acidentalmente coletivos”, destacando Lourenço (2021) que: “a rigor, o que se tem é uma ficção jurídica para atender a um imperativo do direito, possibilitando a tutela coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade”. Referida homogeneidade, por sua vez, exsurge das circunstâncias comuns afetas à lesão experimentada pelos indivíduos.

Em virtude de se tratarem, essencialmente, de direitos titularizados pelos indivíduos em si mesmo considerados, os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de demanda individual. Todavia, o ajuizamento de ação coletiva em defesa de

direitos de tal natureza acarretam maior eficiência na resolução de tais demandas, visando à celeridade e à isonomia, haja vista que a resolução da questão em processo único permite a uniformidade e de tratamento entre as partes lesadas.

Justamente em vista das referidas peculiaridades, quando cotejados com os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, o regime jurídico conferido às sentenças proferidas em processos que visem à proteção de direitos de tal natureza é diverso. Dessarte, art. 103, inciso III, do CDC, estabelece que a sentença que verse sobre direitos individuais homogêneos fará coisa julgada: “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

A eficácia *erga omnes* conferida à coisa julgada, nesse caso, atingirá os titulares de direito individual que comprovarem terem sido afetados pelo fato lesivo comum, conformador da causa de pedir da demanda coletiva ajuizada em defesa do direito coletivo *lato sensu*. Considerando o diploma legal, Pizzol (p.19) sintetiza o regime jurídico da coisa julgada produzida pelas sentenças que versem sobre direitos individuais homogêneos nos seguintes termos:

“a) sendo o processo extinto sem julgamento do mérito, a sentença produzirá apenas coisa julgada formal, sendo perfeitamente possível a propositura de nova ação idêntica à primeira; b) sendo o pedido julgado procedente, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, beneficiando todos os indivíduos unidos pela origem comum (titulares do direito material); c) sendo o pedido julgado improcedente com ou sem provas suficientes, a sentença produzirá coisa julgada formal e material, impedindo a propositura de nova ação coletiva, sem, contudo, prejudicar os indivíduos que poderão também propor suas ações individuais, desde que não tenham ingressado no processo coletivo como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais.” (Pizzol, p.19)

Em vista disso, percebe-se ponto distintivo em relação ao regime abordado quando da análise dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: em se tratando de direitos individuais homogêneos, é prescindível a análise do motivo pelo qual foi indeferido o pedido em sede de ação coletiva. Quanto a esses direitos, apenas acidentalmente coletivos, o ordenamento jurídico brasileiro não adota o regime da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

Em relação àqueles que não intervieram em sede de processo coletivo, somente produzirá coisa julgada material a sentença de procedência, consubstanciando verdadeira coisa julgada *secundum eventum litis*. Assim o sendo, aduz Lourenço (2021): “havendo improcedência, com ou sem suficiência de provas,

não haverá coisa julgada material. [...] as vítimas não ficarão prejudicadas, podendo ajuizar as suas demandas individuais, mas, não será admissível nova demanda coletiva”.

Conclui-se, por conseguinte, que, via de regra, a sentença proferida no processo coletivo somente poderá beneficiar o titular do direito individual subjacente, jamais prejudicar. Todavia, necessário se faz considerar a dicção do art. 103, §2º do CDC, que assim fixa: “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

Em interpretação a *contrario sensu*, o titular de direito individual que optar por ingressar no processo coletivo resta vinculado ao seu resultado, seja ele pela procedência ou pela improcedência da demanda, em verdadeira adoção do regime jurídico da coisa julgada *pro et contra*. Isso é, ao revés do regime adotado nas demandas que versem sobre direitos naturalmente coletivos, marcados pelo caráter da transindividualidade, a demanda que verse sobre direitos acidentalmente coletivos, se integrada pelo titular de direito individual subjacente, produzirá seus efeitos independentemente do conteúdo da decisão e de seus fundamentos.

Em vista da efetiva integração do indivíduo ao contraditório promovido em sede de processo coletivo na tutela de direitos individuais homogêneos, prescindível se torna a adoção dos regimes visualizados na tutela de direitos naturalmente coletivos.

Consequentemente, a despeito de ser regra que a coisa julgada produzida em sede de processo coletivo ajuizado para a tutela de direitos individuais homogêneos jamais prejudique o direito individual subjacente, o indivíduo que ingresse como litisconsorte na demanda coletiva ficará jungido à sua sorte.

3.4. O transporte in utilibus da coisa julgada no processo coletivo

Do art. 103, §3º, do CDC, depreende-se a viabilização, pelo microsistema processual coletivo brasileiro, do denominado transporte *in utilibus* da coisa julgada. Isso é, em sendo julgada procedente a demanda coletiva, os titulares de direitos individuais subjacentes à demanda coletiva podem ser beneficiados pela coisa julgada produzida em sede de ação coletiva. À luz do dispositivo, leciona Lourenço (2021):

“Na tutela coletiva, em caso de improcedência, como reiteradamente afirmado, não haverá prejuízo no que se refere a eventuais ações indenizatórias individuais. Por outro lado, diante da procedência do pedido

coletivo, as vítimas ou sucessores poderão se beneficiar de tal decisão, bastante liquidar e executar o julgado [...]"

A instrumentalização da defesa de direitos coletivos, realizada por meio de um processo especialmente erigido para esse fim, privilegia a trabalhada transição de um processo eminentemente voltado à tutela de interesses egoísticos para um processo vocacionado à defesa de direitos de terceira geração. Não mais resumido à tutela de direitos titularizados pelo indivíduo isoladamente considerado, o processo coletivo propulsiona a justa composição dos danos perpetrados ao corpo social, titular de direitos que com os individuais não se confundem.

Conquanto o microssistema processual coletivo brasileiro revele aptidão no tocante à reparação de danos produzidos sobre coletividades indeterminadas, no caso dos direitos difusos; ou determinadas, no dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos individuais homogêneos, inequívoca é a importância que subsiste quanto à tutela dos direitos individuais subjacentes. Isso é, jamais se pode perder de vista que a lesão a direito transindividual carrega, potencialmente, em seu bojo, lesões específicas aos sujeitos integrantes do corpo social afetado. Nessa toada, ilustram Valério e Palma (2009, p. 19):

"[...] cite-se determinada ação coletiva julgada procedente para o fim de ordenar a paralisação de certa obra, que estava contaminando um rio localizado em suas proximidades: os prejudicados individualmente considerados poderão se aproveitar da decisão proferida na ação coletiva para, a partir daí, propor suas ações individuais. Assim, permite-se às vítimas e a seus sucessores, o benefício da demanda coletiva, sem que sejam obrigados a ingressar em juízo com o fito de obter nova sentença condenatória, passando diretamente à liquidação e execução da sentença."

O transporte *in utilibus*, que nas palavras de Bastos (2018, p. 162) consiste em "uma forma de ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, permitindo que indivíduos que não integraram a relação jurídica processual venham a se beneficiar do resultado no processo", emerge, positivado no dispositivo consumerista supracitado, como um mecanismo de ampliação do acesso à justiça, bem como de sua efetividade e da isonomia. Afastando o ajuizamento de múltiplas demandas concernentes ao mesmo objeto, o instituto permite que o *decisum* do processo coletivo dê ensejo ao acolhimento das pretensões individualmente veiculadas.

O instrumento referido, nesse sentido, chancela a adoção de iguais razões de decidir às múltiplas lesões percebidas em virtude do dano coletivo, propulsionando

maior coerência às decisões judiciais e menor dispêndio de recursos, haja vista a unicidade da fase cognitiva. Isso é, reconhecida a lesão ao direito coletivo, iguais razões irão assistir o pleito individual subjacente: retomando a ilustração de Valério e Palma (2009, p. 19), o dano ambiental materializado na contaminação do rio dará ensejo, igualmente, à procedência das demandas dos indivíduos especificamente afetados pelo evento danoso, como as populações ribeirinhas. À vista disso, leciona Bastos (2018, p.163):

“Não se trata de um indivíduo apropriando-se individualmente de um interesse transindividual, pois isso não é juridicamente possível, na medida em que tais interesses são indivisíveis. No entanto, factível sustentar que os interesses transindividuais podem apresentar uma dimensão no plano individual. [...]”

Valendo-se dos arts. 97 e 98 do CDC, os indivíduos especificamente atingidos pelo evento danoso apurado em sede de processo coletivo poderão ingressar em juízo, promovendo ação de liquidação e de execução. Haja vista a prévia fixação do *an debeatur* no processo coletivo – isso é, a existência de débito decorrente do dever de indenizar pelo dano ocasionado –, aquele que verifique lesão individual correlata, apurará em sede de liquidação, após comprovado o nexo de causalidade entre o fato aferido no processo coletivo e o dano individual, o *quantum debeatur*, montante devido em decorrência do dano individual e especificamente experimentado.

Ressalte-se, ainda, que o transporte *in utilibus* que vise à reparação individual não se restringe à esfera cível. Conforme estabelece o art. 103, §4º do CDC, havendo sentença penal condenatória que tenha por objeto a lesão a direitos coletivos, o microssistema processual coletivo viabiliza o transporte *in utilibus* com o fim de reparar as lesões individualmente percebidas. Em vista disso, Paiva (2010, p 85) ilustra a aplicabilidade da permissiva consumerista:

“Basta pensar no caso de demanda que condena o réu pelo crime de propaganda enganosa. Tal sentença permitirá ao consumidor lesado por tal violação proceder a liquidação e execução dos danos, com base na eficácia condenatória gerada pela sentença penal.”

Delineado o atual panorama, portanto, transparece o esforço legislativo no que concerne à ampliação de mecanismos que permitam a maior efetividade da jurisdição pátria. Tornando prescindível o múltiplo exercício cognitivo sobre os mesmos objetos, o alargamento das hipóteses de incidência do transporte *in utilibus* implica

concretização do princípio da economia processual. Ademais, transpondo-se as conclusões do *decisum* coletivo para as lides individuais, inequívoca é a maior coerência às decisões judiciais viabilizada pelo instituto.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI N 7.347

Instrumento integrante do microssistema processual coletivo brasileiro, a Lei da Ação Civil Pública disciplina a tutela de direitos coletivos lato sensu que sofreram lesão. Inserido na Lei da Ação Civil Pública pela Lei nº 9.494 de 1997, o art. 16 apresenta a seguinte redação:

“Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” (Brasil, 1997).

Ao adstringir os efeitos da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença coletiva, a doutrina majoritária já apontava a impropriedade legislativa ao confundir os conceitos de jurisdição e de competência dos órgãos jurisdicionais (Paiva, 2010, p. 86), dando ensejo a uma indevida limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada. Cediço o caráter uno da jurisdição, que traduz manifestação da soberania estatal, patente é a produção de efeitos pela coisa julgada em todo o território nacional. Por outro lado, a competência se revela como regra viabilizadora do exercício da jurisdição, fixando o juízo apto a resolver cada demanda levada ao Poder Judiciário.

Restringir territorialmente os efeitos da coisa julgada equivaleria, portanto, a negar a unidade da jurisdição, haja vista que a coisa julgada produzida em sentença definitiva quedaria-se limitada aos limites do juízo prolator da sentença coletiva, rechaçando a ideia de sentença como manifestação do Poder uno. Insta salientar, ainda, que Grinover (apud Paiva, 2010, p. 87), entende pela contrariedade frontal do dispositivo à própria razão subjacente à molecularização dos conflitos, tendo em vista que acarretaria a necessidade de uma pluralidade de processos para que fosse tutelado, integralmente, o mesmo direito.

Isso é, constituídos os institutos do microssistema processual coletivo com o escopo de viabilizar e promover a tutela dos múltiplos direitos violados em sede de lesão a direitos coletivos lato sensu, a referida limitação atuaria em sua contramão.

Assim o sendo, àqueles que tiveram lesados direitos individuais subjacentes precisariam, visando à reparação do dano individualmente experimentado, de ajuizar nova demanda, com idênticos fundamentos, prosseguindo em nova e independente fase cognitiva, o que daria ensejo, inclusive, à prolação de sentenças conflitantes e, portanto, potencialmente violadora do valor da isonomia.

Justamente em face da evidente inadequação da inovação legislativa, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal pela sua inconstitucionalidade no RE 1101937/SP, datado de 2021. No mesmo sentido, pronunciou-se o Ministro Luis Felipe Salomão, no REsp 1.243.887/PR, senão, vejamos:

“A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os “efeitos” ou a “eficácia” da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é “efeito” ou “eficácia” da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la “imutável e indiscutível.”

Chancelando o posicionamento anteriormente esposado pela doutrina, portanto, quedou-se o dispositivo supramencionado destituído de eficácia. Desse modo, resta cristalino que a coisa julgada produzida em sede de processo coletivo não mais tem seus efeitos limitados ao âmbito territorial do órgão prolator do *decisum*. De modo contrário, à luz do caráter uno da jurisdição, a sentença coletiva é apta, verdadeiramente, a tutelar o direito coletivo em sua integralidade, sem que se legitimem indevidas restrições à observância da manifestação do Poder Judiciário que reconheça o dever reparatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do cotejo analítico realizado na presente monografia, percebe-se que as assimetrias entre o processo civil voltado à tutela de direitos individuais e o microsistema processual coletivo dão ensejo a uma reconstrução de institutos tradicionalmente consagrados. Em vista disso, evidente tornam-se as peculiaridades assumidas pelo regime jurídico da coisa julgada nas lides vocacionadas à resolução de conflitos moleculares.

Enquanto, no primeiro, via de regra, a coisa julgada produz efeitos *inter partes*; nas lides coletivas, de modo diverso, o *decisum* transcende a esfera subjetiva daqueles que integram, efetivamente, o contraditório. Tomando por base tanto a

natureza do direito tutelado quanto o fundamento do julgamento das demandas coletivas, diferentes são os efeitos subjetivos produzidos pela coisa julgada no âmbito do microssistema processual coletivo.

O presente trabalho conclui pela aproximação do regime jurídico da coisa julgada produzida na tutela de direitos naturalmente transindividuais – isso é, os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Desse modo, enquanto nesses o efeito será *ultra partes*, em virtude da existência de uma relação jurídica base pré-existente; naqueles, os efeitos serão *erga omnes*.

Em havendo sentença fundada em cognição exauriente, todos os titulares do direito material serão jungidos à sorte do processo coletivo. Por outro lado, proferida sentença negativa fundada na insuficiência do conjunto probatório apresentado, a coisa julgada não operará efeitos sobre a coletividade. Nesse sentido, em relação aos direitos naturalmente transindividuais, adota o sistema a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*.

De modo diverso, na tutela de direitos individuais homogêneos – que revelam-se como direitos artificialmente transindividuais –, a regra é que a coisa julgada jamais prejudique os direitos individuais subjacentes, em verdadeira adoção do regime da coisa julgada *secundum eventum litis*. Em vista disso, percebe-se o esforço legislativo no tocante à promoção dos direitos de terceira geração, haja vista que a força da *res judicata* nos processos coletivos revelam maior abrangência, sobretudo para beneficiar os indivíduos especificamente lesados pelos mesmos fatos propulsores dos direitos coletivos *lato sensu* tutelados pelo microssistema processual coletivo.

É justamente com base nessa direção apontada pelo legislador pátrio que ganham forças institutos especialmente delineados com o fito de propulsionar o acesso à justiça pelos indivíduos que experimentem lesões específicas. Isso é, objetivando assegurar os direitos individuais subjacentes às demandas coletivas, o transporte *in utilibus*, chancelado pelo art. 103, §3º do CDC, o microssistema processual coletivo, efetivamente, rompe as limitações da sistemática tradicionalmente erigida em sede processual civil.

Viabilizada a ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, o transporte *in utilibus* permite que indivíduos que não integraram a relação jurídica processual venham a se beneficiar do resultado no processo. Assim, tornando-se desnecessário o ajuizamento de ação autônoma e conseqüente percurso de nova fase cognitiva, o



instituto promove maior economia processual e coerência do sistema jurídico, evitando o dispêndio de recursos e a prolação de sentenças conflitantes.

Por fim, no que concerne à novidade legislativa trazida à baila pelo art. 16 da Lei nº 7.347, a presente monografia conclui que em boa hora houve o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelas Cortes Superiores. Dado o escopo maior do microssistema processual coletivo, qual seja, a promoção do acesso à justiça também no que toca à tutela de direitos de terceira dimensão, a restrição dos efeitos da coisa julgada aos limites territoriais do juízo competente acarretaria, em verdade, contrariedade frontal à unidade da Jurisdição.

**REFERÊNCIAS**

BASTOS, Fabrício Rocha. Interface entre o CPC15 e os Processos Coletivos. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ, nº 70, out./dez. 2018. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1183784/-Fabrício_Rocha_Bastos.pdf>. Acesso em: 25 de fev. de 2024.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 de março de 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 168. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>>. Acesso em: 28 de fev. de 2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não é possível a repropositura de ação coletiva de direitos individuais homogêneos julgada improcedente, ainda que por falta de provas. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1843e35d41ccf6e63273495ba42df3c1>>. Acesso em: 04 de março de 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. Salvador: Jus Podivm, 2023.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo coletivo sistematizado**. 1. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. E-book. Disponível em: <<https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/194472/epub/13?code=g+XDOp2tvTwPJjZ9ddXWHZ7+ulqal6Oj0ST6phgQ/g55TW5h7eGd8S2UVumCBGdaZtq5HKbvmLGTkx27nsyWJg==>>. Acesso em: 12 fev. 2024.

PAIVA, Lucio Flávio Siqueira de. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento para obtenção do título de Mestre em Direito na PUC/GO. Goiânia/Go. p. 114. 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucgoias.edu.br/bitstream/tede/2786/1/Lucio%20Flavio%20Siqueira%20de%20Paiva.pdf>>. Acesso em 21 de fev. de 2024.

PALMA, João Cândido dos Santos; VALÉRIO, Vanessa Hamessi. Coisa julgada no processo coletivo: particularidades e aspectos relevantes. **Revista do Direito Privado da UEL**, Londrina/PR, Vol. 2, Número 3, p 28. 2009. Disponível: <https://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Vanessa_Hamessi_João_Candido_Coisa_Julgada_Tutelas_Coletivas.pdf>. Acesso em: 22 de fev. de 2024.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Grupo de pesquisa: Tutela Jurisdicional dos Direitos Coletivos (PUC-SP). Disponível em: <https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf>. Acesso em: 25 de fev. de 2024.



SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos. A coisa julgada no processo coletivo. **Direito e Justiça**. V. 39, n.2, p. 253-263, jul./dez. 2013. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/15147/10047/0>>. Acesso em: 10 de mar. de 2024.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: **Revista de Processo**, v. 139, set. 2006.



A (IN)COMPATIBILIDADE DA CEGUEIRA DELIBERADA COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS: ANÁLISE DOGMÁTICA E PROPOSTA DE LEGE FERENDA¹

THE (IN)COMPATIBILITY OF WILLFUL BLINDNESS WITH BRAZILIAN CRIMINAL LAW IN MONEY LAUNDERING OFFENSES: A DOGMATIC ANALYSIS AND A LEGE FERENDA PROPOSAL

João Vitor Corrêa Penteado²

Resumo: Este trabalho examina, sob viés eminentemente descritivo, a compatibilidade da teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*) com o Direito Penal brasileiro. Parte-se de pesquisa concluída em 2021 no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UNESP), que serviu também de base ao Trabalho de Conclusão de Curso do autor. O texto inicia dispondo acerca da distância entre a *willful blindness* de matriz anglo-saxã e a versão da doutrina recepcionada pelos tribunais brasileiros, com ênfase nos crimes de lavagem de capitais. Examina-se, em seguida, se a teoria acenada poderia configurar uma terceira modalidade de imputação subjetiva — resposta que se afasta, tendo em vista o desenho binário do Código Penal e os limites da atuação jurisdicional. Segue-se o exame da hipótese mais discutida na jurisprudência, é dizer, a cegueira deliberada como sinônimo do dolo eventual, hipótese que se revela dispensável frente aos institutos já positivados. Nesse passo, avaliam-se os obstáculos criados pelo erro de tipo e os efeitos da teoria sobre o ônus da prova e a presunção de inocência. Em arremate, apresenta-se, a título de contribuição ao debate e sem pretensão conclusiva, uma possível alternativa legislativa discutida pela pesquisa: a eventual tipificação da lavagem de capitais a título de culpa, à semelhança da receptação privilegiada do art. 180, § 3º, do Código Penal. Quanto ao percurso metodológico, cuidou-se de investigação bibliográfica e exploratória, valendo-se dos métodos comparativo e analítico-dedutivo.

Palavras-chave: Cegueira deliberada. Lavagem de capitais. Dolo eventual. Erro de tipo. Compatibilidade. Lege ferenda.

Abstract: This paper examines, from an essentially descriptive standpoint, whether the willful blindness doctrine is compatible with Brazilian criminal law. It draws on research completed in 2021 within the Institutional Program of Scientific Initiation Scholarships (PIBIC/UNESP), which also served as the basis for the author's

¹ Artigo elaborado a partir de pesquisa financiada pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UNESP), e concluída em 2021, ano em que também fundamentou o Trabalho de Conclusão de Curso do autor, defendido junto à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Câmpus de Franca, e posteriormente publicado em formato de livro (PENTEADO, João Vitor Corrêa. Cegueira deliberada e lavagem de capitais: uma análise dos fundamentos e implicações de sua aplicação no ordenamento jurídico. Joinville: Editora GuedesJus, 2026). O presente artigo reproduz, de forma descritiva, o estado da legislação, da doutrina e da jurisprudência tal como levantado até aquele ano, com redação, abordagem e organização próprias, distintas das obras anteriores do autor.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Campus de Franca. Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). E-mail: jvcpenteado@gmail.com

undergraduate thesis. The text begins by situating the gap between the Anglo-Saxon willful blindness doctrine and the version received by Brazilian courts, with emphasis on money laundering offenses. It then examines whether the doctrine could amount to a third category of subjective imputation — a question answered negatively, given the binary structure of the Penal Code and the limits of judicial action. The most debated hypothesis in case law is then examined: willful blindness as a synonym for *dolus eventualis*, a hypothesis found to be unnecessary in light of already codified institutes. Along these lines, the obstacles posed by the mistake-of-fact defense are assessed, together with the doctrine's effects on the burden of proof and the presumption of innocence. Finally, as a contribution to the debate and without conclusive intent, a possible legislative alternative discussed by the research is presented: the eventual criminalization of negligent money laundering, modeled on the privileged form of receiving stolen goods under Article 180, § 3, of the Penal Code. Methodologically, this is exploratory, bibliographic research, employing comparative and analytical-deductive methods.

Keywords: Willful blindness. Money laundering. *Dolus eventualis*. Mistake of fact. Compatibility. *Lege ferenda*.

INTRODUÇÃO

Denomina-se cegueira deliberada, *willful blindness* ou ignorancia deliberada o instituto por meio do qual se pretende responsabilizar penalmente quem escolhe permanecer alheio à ilicitude de sua própria conduta, ainda quando poderia ter constatado essa ilicitude. A construção, de matriz jurisprudencial anglo-saxã, sustenta que o desconhecimento buscado ou mantido deliberadamente pelo agente deve produzir, para fins de imputação subjetiva, os mesmos efeitos do conhecimento efetivo dos elementos da conduta delitiva (Ragués I Vallès, 2007, p. 15).

Tem-se que a doutrina em apreço nasceu nos tribunais britânicos ainda no século XIX, mas foi nas cortes federais norte-americanas que ganhou corpo ao longo do século seguinte, culminando no reconhecimento expresso pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2011. O Tribunal Supremo Espanhol também a incorporou, ainda que de maneira distinta, tornando-se, mais tarde, referência para a jurisprudência brasileira.

No Brasil, seu emprego concentra-se nos processos por lavagem de capitais, notadamente após a reforma promovida pela Lei nº 12.683/12, que passou a admitir o dolo eventual nesse crime e suprimiu a lista taxativa de infrações antecedentes. O Furto ao Banco Central, a Ação Penal 470 ("Mensalão") e a Operação Lava Jato compõem os episódios mais representativos dessa trajetória, todos marcados pelo emprego da cegueira deliberada como fundamento, reforço argumentativo ou tradução do dolo eventual.

O presente artigo deriva de pesquisa concluída em 2021, no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/UNESP), que também serviu de base ao Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pelo autor à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Campus de Franca.

Enquanto a investigação original percorreu, em um primeiro momento, a origem da teoria na *common law* e no direito espanhol, bem assim sua trajetória na jurisprudência brasileira, este texto concentra-se no capítulo conclusivo daquele estudo: a discussão sobre a compatibilidade da cegueira deliberada com o dolo eventual e o erro de tipo, tal como disciplinados pelo Código Penal, e a proposta legislativa daí resultante. Gize-se que o artigo espelha o estado da legislação, da doutrina e da jurisprudência levantado até 2021, sem incorporar desdobramentos posteriores.

Acerca do percurso metodológico, cuidou-se de pesquisa bibliográfica e exploratória, com coleta qualitativa junto à legislação, à doutrina e a decisões judiciais, nacionais e estrangeiras. Recorreu-se, pontualmente, ao método comparado para situar a origem da teoria e, na análise do elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais e dos termos empregados pela jurisprudência pátria, ao método analítico-dedutivo.

O texto segue a seguinte ordem: delimita-se, primeiro, o descompasso entre a *willful blindness* e a cegueira deliberada brasileira; justifica-se, a seguir, por que a análise de compatibilidade se faz necessária; discute-se se a teoria poderia constituir categoria autônoma de imputação subjetiva; avalia-se sua equivalência com o dolo eventual; examinam-se os limites do erro de tipo e os efeitos processuais da teoria; e, ao final, apresenta-se a proposta de *lege ferenda* formulada.

1 A CEGUEIRA DELIBERADA E SUA RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO: A DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Convém assentar, inicialmente, que o cenário que deu origem à *willful blindness* na *common law* pouco se assemelha ao contexto que, na tradição de *civil law*, tem justificado sua importação. Nos tribunais norte-americanos, a doutrina se posiciona como equivalente suficiente do elemento *knowledge*, aplicável sempre que o acusado alegue ignorância sobre circunstância relevante do tipo e as provas apontem para uma ignorância buscada deliberadamente.

Transplantada para um sistema de imputação subjetiva diverso como o brasileiro, a jurisprudência inglesa e norte-americana parecer pouco contribuir além de um panorama histórico: os requisitos de aplicação da *willful blindness* e os da cegueira deliberada não coincidem, o que não aproxima, mas distancia as duas figuras e desfigura a teoria importada (Lucchesi, 2017, p. 219).

É o que constata Lucchesi (2018, p. 102), ao advertir:

Se os critérios para identificação da cegueira deliberada no Brasil são diferentes daqueles enunciados em seu sistema de origem, e se cegueira deliberada pode ser considerada equivalente ao dolo eventual, não se vislumbra sentido em desenvolver uma teoria sobre cegueira deliberada no Brasil. Não há motivo algum para se denominar pelo mesmo nome categorias distintas. Se o enunciado da cegueira deliberada "à brasileira" não corresponde ao enunciado da cegueira deliberada em seu sistema de origem, evidentemente não são a mesma coisa. Com isso, cegueira deliberada no Brasil não é o mesmo que *willful blindness* nos Estados Unidos. É preciso que se atue com algum método ao realizar esforços de Direito Comparado.

Superada essa constatação sobre a origem estrangeira da doutrina — provavelmente o ponto de menor controvérsia na discussão — e conhecidos os precedentes nacionais em que a cegueira deliberada foi aplicada, resta enfrentar a pergunta central acerca da compatibilidade com o Direito Penal brasileiro. Cuida-se da questão que certamente comanda todo o debate em torno do instituto.

2 A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE DE COMPATIBILIDADE

Ainda que os obstáculos apontados sejam relevantes, ao menos duas razões desaconselham descartar, sem mais, o estudo da cegueira deliberada.

A primeira é que se trata de teoria em expansão, tanto em frequência de uso quanto na variedade de crimes a que se aplica — a pesquisa aqui relatada, todavia, restringiu-se aos delitos de lavagem de capitais. Parece mais produtivo, nesse tanto, formular respostas a partir do estado atual da questão do que apenas reforçar objeções já correntes na literatura.

A segunda é que a teoria não surge de um vácuo: o amadurecimento da criminalidade organizada exige, seguramente, o amadurecimento da persecução penal, o que reforça a relevância de teorias contemporâneas sobre o dolo diante da dificuldade de individualizar condutas e comprovar o elemento subjetivo em organizações complexas, em um cenário de delinquência globalizada (Silva Sánchez, 2013, p. 111).

Feitas as ressalvas pertinentes quanto a eventuais distorções em sua aplicação, é certo que nada impede que a teoria funcione como estímulo a uma reforma promovida pela via legislativa própria (Ferreira, 2016, p. 32).

3 A IMPOSSIBILIDADE DE UMA CATEGORIA AUTÔNOMA DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA

Por filiar-se à tradição de *civil law*, sob forte influência do direito continental europeu, o ordenamento brasileiro prestigia a lei — manifestação formal da vontade popular — mais do que o costume, o precedente ou a jurisprudência. Decorrente do exposto é a exigência de estrita legalidade e de culpabilidade, que não deixam margem a grandes variações sobre o que se deva entender por dolo: nos termos do art. 18 do Código Penal, há crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

O dispositivo, todavia, não pode ser lido isoladamente: o art. 20 do mesmo diploma, ao tratar do erro de tipo, é objetivo ao enunciar que o erro sobre elemento constitutivo do tipo exclui o dolo — o que permite afirmar que o conhecimento do agente sobre as elementares do delito integra, ele próprio, o conceito de dolo (Greco, 2004).

Fixadas essas duas categorias pelo Código Penal, não há, sem intervenção legislativa, espaço para uma terceira modalidade de imputação subjetiva sem comprometer a legalidade estrita e o devido processo legal.

Desse passo, tem-se uma conclusão inevitável: condutas em que não se identifique dolo permanecem impuníveis, ainda que nelas se reconheçam os traços de quem age em cegueira deliberada. Isso porquanto falta, nesses casos, tanto a demonstração do dolo quanto a existência, no ordenamento, de uma modalidade culposa da lavagem de capitais — de modo que recorrer à teoria para superar essa lacuna equivaleria a criar, por via oblíqua, uma terceira categoria de imputação (Lucchesi, 2017, p. 251).

A essa objeção soma-se outra, de natureza processual: a teoria foi importada, adaptada e aplicada pela jurisprudência, sem que a doutrina tenha tido tempo — ou, então, oportunidade — de amadurecer o debate a seu respeito, o que poderia evidenciar certa invasão do espaço reservado ao Poder Legislativo. Nesse tanto, adverte Ferreira (2016, p. 25):

No entanto, maior cautela é exigida no âmbito do Direito Penal, com o fim de se evitar a criação ilegítima de lei por parte do juiz, principalmente quando esta criação prejudica de alguma forma o agente. Há autores, inclusive, que advogam no sentido de que o juiz criminal deve dar especial atenção ao sentido literal da lei pois só assim se terá um mecanismo concreto de controle frente ao *jus puniendi* do Estado.

Por essas duas vias — a lógica binária de imputação do Código Penal e a inadequação do Judiciário como agente de reforma — parece adequado afastar-se a hipótese de a cegueira deliberada configurar uma categoria autônoma de imputação subjetiva.

4 A CEGUEIRA DELIBERADA COMO EQUIVALENTE DO DOLO EVENTUAL E A (DES)NECESSIDADE DA IMPORTAÇÃO

Descartada a hipótese de um terceiro elemento subjetivo, resta avaliar a cegueira deliberada como possível sinônimo do dolo eventual — leitura, aliás, mais afinada com o que revela a jurisprudência nacional, em que a teoria costuma funcionar como substituto ou tradutor do dolo eventual.

Em casos analisados, a cegueira deliberada assume três papéis possíveis: equivale ao dolo eventual, reforça argumentativamente uma conclusão já alcançada por outras vias, ou serve para etiquetar situações limítrofes entre dolo eventual e culpa consciente — esta última, a hipótese mais delicada de todas.

Nessa leitura, a teoria pressuporia: i) que o agente conhecesse a elevada probabilidade de estar praticando ou participando de atividade criminosa; ii) que tivesse meios de aprofundar esse conhecimento; e iii) que, ainda assim, tenha optado por permanecer indiferente a ele.

Caberia questionar, então, no ponto, a razão de se importar uma construção estrangeira para desempenhar papel que um instituto nacional já cumpre. É o que observa Gonçalves (2019, p. 26):

[...] a imputação subjetiva no Direito Penal continental difere-se bastante da desenvolvida no *common law*, contando não com aquelas quatro grandes categorias (*purpose, knowledge, recklessness* e *negligence*), mas apenas com duas (dolo e culpa, ainda que passíveis de subcategorizações, a depender da teoria que se adote), não havendo um paralelo preciso que possa ser traçado entre tais figuras, senão, no máximo, aproximações grosseiras que, frequentemente, podem trazer mais dificuldades do que facilidades.

Nessa ordem de conceitos, no julgamento da Apelação Criminal n. 5047229-77.2014.4.04.7000, o Desembargador Federal Victor Laus optou por prestigiar o dolo eventual, já sedimentado, em vez da teoria importada, por reputar que "ambas as teorias parecem conduzir a idêntica conclusão, com a vantagem, em benefício daquela primeira, de sua maior harmonização com as demais normas componentes do sistema legislativo-penal brasileiro" (Brasil, TRF4, ACR 5047229-77.2014.4.04.7000, Rel. João Pedro Gebran Neto, j. 23 mar. 2017).

O raciocínio comporta duas conclusões. A uma, se a cegueira deliberada nada mais é do que o dolo eventual sob outro nome, sua importação perderia sentido — é dizer, o dolo eventual já goza de ampla aceitação na jurisprudência sobre lavagem de capitais, tornando dispensável se recorrer a um rótulo estrangeiro.

A duas, caso não seja, de fato, equivalente ao dolo eventual, sua aplicação acabaria por punir, como dolosa, uma conduta que culposa, em contorno indevido à ausência de tipo culposos para o delito.

Nesse tanto, uma vez demonstrado que o agente conhecia o fato penalmente relevante, já haveria dolo, tornando supérflua a invocação da cegueira deliberada. É o que conclui Lucchesi (2017, p. 85):

Com a demonstração de desnecessidade da cegueira deliberada para a solução de casos no direito brasileiro, surge o argumento central da tese: o recurso dos tribunais ao transplante de categoria estrangeira, mesmo com contornos e contexto diversos de sua formulação em seu sistema de origem, para a solução de casos para os quais a teoria do delito já fornece resolução adequada, demonstra inconformidade pelos tribunais com a solução existente no direito penal brasileiro. Sendo possível a absolvição dos acusados nos casos em que não houver previsão de modalidade imprudente de crimes, a aplicação da cegueira deliberada pelos tribunais para permitir ou reforçar a condenação de acusados revela a não aceitação da absolvição baseada na ausência de previsão de modalidade culposa.

O exemplo da Ação Penal 470 ("Mensalão"), em alguma medida, ilustra o ponto em apreço: a cegueira deliberada foi utilizada pela Ministra Rosa Weber como reforço argumentativo, muito embora seja razoável afirmar que as provas dos autos, à luz das teorias tradicionais do dolo, já bastassem para sustentar a condenação (Lucchesi, 2018, p. 106).

Sydow (2017, p. 259), ao propor critérios para a aplicação da doutrina, reconhece situações em que ela simplesmente não se faz necessária:



Há situações, porém, que apesar de se assemelharem com o núcleo da ideia cegueira deliberada, são verdadeiras situações de dolo, visto que objetivamente previsíveis. Tais situações dispensam a aplicação das fórmulas propostas e enquadram-se na lógica do dolo por si só, como a comprovada falsificação do estado de ignorância corroborada por elementos trazidos ao processo.

Mais relevante do que discutir a conveniência de se importar teoria estrangeira, todavia, é examinar se aquilo que se denomina cegueira deliberada corresponde, de fato, ao dolo eventual.

Reside no ponto o cerne da questão: toda imputação a título de dolo pressupõe o elemento cognitivo — se o tipo penal exige, no mínimo, dolo eventual, não se pode dispensar o conhecimento sobre os elementos objetivos do tipo.

Ocorre que a cegueira deliberada, em seus contornos clássicos, descreve exatamente o contrário: a ausência desse conhecimento por parte de quem se esquivava dele. Equiparar quem representa e assume o risco de um resultado a quem sequer chega a representá-lo — por ter erguido barreiras para não saber — representaria, no ponto, operação conceitualmente arriscada, capaz de esvaziar o próprio conceito de dolo: afinal, se dolo pudesse existir sem conhecimento, deixaria de ser conhecimento e vontade (Ragués I Vallès, 2007, p. 206).

5 OS LIMITES DO ERRO DE TIPO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ainda que intencional, o desconhecimento continuaria sendo desconhecimento — e é exatamente nesse palco que o erro de tipo pode acabar por representar um limite intransponível à cegueira deliberada: a ausência de conhecimento sobre as circunstâncias do crime, ou sua falsa representação, afasta o dolo e, com ele, a própria tipicidade (Avelar; Bottini, 2017, p. 18). Por essa razão, quem ignora a origem ilícita de um valor recebido, incorrendo em erro de tipo, não poderia ser responsabilizado por lavagem de capitais, à falta de dolo.

A cegueira deliberada, portanto, não encontraria, no ponto, obstáculo apenas no dolo eventual, mas também no erro de tipo, ambos expressamente disciplinados pelo Código Penal — o que deixa reduzido espaço interpretativo ao aplicador, diferentemente do que ocorre na Espanha (Avelar; Bottini, 2017, p. 22).

O erro de tipo, sem qualquer ressalva legal, favorece o agente que pratica conduta típica por representar erroneamente os elementos do tipo, ainda que essa representação equivocada decorra de comportamento do próprio agente. Para aplicar

a cegueira deliberada, seria necessário forçar uma interpretação extensiva — verdadeira analogia *in malam partem* —, incompatível com o princípio da legalidade. Equiparar conhecimento efetivo a mera probabilidade de conhecimento é, em suma, alargar indevidamente o conceito de dolo (Klein, 2020, p. 74).

Há, ainda, uma dimensão processual a ponderar. Como instrumento voltado a responsabilizar quem não domina suficientemente o contexto fático de sua conduta, a cegueira deliberada tenderia a atenuar o ônus probatório da acusação: o elemento subjetivo, nesse passo, deixaria de ser o centro da prova, cedendo lugar a uma espécie de dolo presumido (Silveira, 2016, p. 277).

Questiona-se se haveria a criação de um espaço para uma inversão do ônus da prova — e, com ela, um risco à presunção de inocência —, uma vez que passaria a incumbir ao acusado provar que seu desconhecimento não foi provocado por ele mesmo, tarefa das mais difíceis para a defesa (Hernandes, 2018, p. 112). Sob a justificativa de que o agente deveria saber, ou preferiu não saber, haveria por se encerrar a discussão sobre o elemento subjetivo sem maior aprofundamento (Sydow, 2017, p. 229) — o que naturalmente contraria a regra de que o ônus da prova cabe ao Ministério Público, não sendo lícito exigir do réu prova negativa de que não agiu com indiferença (Barros; Silva, 2015, p. 238). Nesse sentido, aduzem Laufer e Silva (2009, p. 10):

Em verdade, o problema não é o fato de o agente não se aprofundar no conhecimento, até porque a lei, em regra, não obriga que se efetue tal investigação. A resposta estará no grau de conhecimento que o autor efetivamente possui ao cometer o tipo objetivo: se há sérios indícios (representados no intelecto), poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. [...] Porém, na ausência desses sérios indícios, não há dolo, pelo simples fato de que o conhecimento exigível para a configuração de qualquer espécie dolosa deve ser sempre atual, e não potencial.

Adiciona-se a isso a imprecisão do critério da alta probabilidade: sem parâmetros claros para aferir a carga probatória exigível, o julgador acabaria dispondo de discricionariedade excessiva para decidir, caso a caso, no que consistiria a alta probabilidade (Hernandes, 2018, p. 149). No ponto, há, por fim, a exigência de que a consciência seja atual — contemporânea à ação —, o que impede admitir consciência meramente potencial das circunstâncias do tipo, sob pena de confundir dolo do tipo com dolo da culpabilidade (Bitencourt, 2020, p. 799).

6 ANÁLISE DE UMA PROPOSTA DE LEGE FERENDA: A CRIAÇÃO DO TIPO PENAL DE LAVAGEM DE CAPITAIS A TÍTULO DE CULPA

Identificar os problemas de compatibilidade, contudo, não esgota a tarefa da pesquisa: cogitou-se, ainda, de uma possível alternativa, apresentada aqui a título de contribuição ao debate e não como solução única ou definitiva — até porque qualquer *lege ferenda* depende, em última instância, de decisão política do Legislativo, à qual não cabe ao presente texto se substituir. A pertinência de se discutir essa alternativa decorre de um dado concreto, é dizer, não se trata de teoria ainda em debate hipotético, mas de instituto já consolidado nos tribunais brasileiros, sem indícios de que venha a ser abandonado.

A pertinência de se refletir acerca de alternativas legislativas acentua-se diante do risco de uso inadequado da teoria — seja porquanto as provas do dolo eventual seriam insuficientes, seja porque a conduta seria, na verdade, culposa. Não se trata de rejeitar a teoria simplesmente por sua origem estrangeira, mas de se ponderar acerca de sua aplicação, evitando-se que a transformação de condutas culposas em dolosas (Lucchesi, 2017, p. 246). Sem parâmetros doutrinários claros sobre quando aplicá-la — ou, então, sobre quando não a aplicar —, o julgador acabaria dispondo de ampla margem para responsabilizar quem, supostamente, não foi diligente o bastante para conhecer a origem ilícita de valores lavados (Silveira, 2016, p. 275).

Nos crimes de lavagem, em que raramente coincidem quem comanda e quem executa a conduta típica — a exemplo da figura do "lavador profissional" —, a dificuldade de provar o dolo é estrutural. A cegueira deliberada, nesse contexto, tenderia a flexibilizar as exigências probatórias a ponto de se aproximar, em uma hipótese extremada, de uma responsabilidade penal objetiva (Gonçalves, 2019, p. 32). Beck (2011, p. 64) bem sintetiza o debate:

[...] Enquanto teoria — até "pode" ser aplicada, mas desde que sirva como mero "fundamento" do dolo ou da culpa (tipos subjetivos previstos no ordenamento pátrio). Jamais como "presunção" de suas existências, como seus "substitutos" e, muito menos, como um "terceiro elemento subjetivo". Em outras palavras, "pode" ser aplicada, mas não "deve", na medida em que o dolo direto e eventual [...] parecem bem resolver a questão, sem necessidade de um desconhecido intruso, estranho, desengonçado [...] e obscuro [...].

Diferentemente do Brasil, outros países preveem expressamente a modalidade culposa da lavagem de capitais: na Alemanha, o §261 (5) do Código Penal comina até

dois anos de prisão, ou multa, a quem lava ativos sem reconhecer, por descuido, sua origem ilícita; na Suíça, o art. 305-bis, 1, prevê até três anos de reclusão, ou multa; e na Espanha, o art. 301.3 fala em "imprudência grave" (Hernandes, 2018, p. 88). A ausência de previsão equivalente no Brasil relaciona-se, em parte, às Quarenta Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), que restringem o delito à modalidade dolosa.

Uma das possibilidades discutidas pela pesquisa foi a eventual criação de um tipo culposo de lavagem de capitais, à semelhança da receptação culposa do art. 180, § 3º, do Código Penal — que responsabiliza quem "adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso".

A analogia poderia se justificar na medida em que esse tipo penal, ao exigir maior cautela do agente, já dificulta a alegação de erro de tipo — o que, por via legislativa, e não interpretativa, tangenciaria um possível objetivo que a cegueira deliberada pretende alcançar. Gonçalves (2019, p. 38) oferece um exemplo elucidativo:

[...] exemplo do gerente do banco que não toma as medidas exigidas em caso de transações suspeitas por parte de seus clientes, se houvesse previsão na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 12.683/12) de que "responde pelo crime de lavagem de capitais o gerente de instituição financeira que, percebendo movimentações financeiras suspeitas nos moldes do que determina o órgão competente, não as notifica ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras", haveria, pelo menos sob o aspecto legal, uma norma compatível com o ordenamento jurídico pátrio, aplicando aquilo que a Teoria da Cegueira Deliberada visa impedir: a declaração de ausência de conhecimento acerca de um fato penalmente relevante.

Diante da notória dificuldade em distinguir dolo eventual de culpa consciente, e mantida a estrutura binária de imputação do Código Penal, a criação desse tipo culposo poderia, em tese, contribuir para maior objetividade na persecução penal da lavagem, ao permitir punir — com pena proporcionalmente menor — quem tenha agido de forma descuidada, sem observar o dever objetivo de cuidado (Cunha, 2020, p. 263). Cardoso (2014, p. 112) chega a conclusão semelhante:

Nesse passo, vislumbramos que em princípio a incorporação ao tipo penal do delito de lavagem de dinheiro da modalidade culposa poderia evitar a ocorrência de excessos punitivos decorrentes da falta de previsão legal. Evidentemente erros judiciais, ou a necessidade de resposta social à prática de um delito não autorizam por si sós a criação de tipos penais. Doutro

modo, não se trata simplesmente disso, e sim de propor a criação de um tipo penal culposos que fundamentado em argumentos de política criminal possa solucionar as dificuldades concretas encontradas pelo judiciário no momento de individualização das condutas e, que ainda seja capaz de impedir que o dolo eventual seja usado indiscriminadamente como fundamento para a punição da lavagem de dinheiro.

Em termos de pena, uma possibilidade seria seguir a lógica já adotada para a receptação: reclusão de um a quatro anos e multa para a modalidade dolosa (art. 180, *caput*), e detenção de um mês a um ano, ou multa, para a culposa (art. 180, § 3º) — esta última classificada como infração de menor potencial ofensivo, a propósito. Com uma eventual alteração nesse passo, acusação e julgador passariam a poder ponderar, caso a caso, se a conduta configura dolo eventual ou culpa consciente, ambas as hipóteses encontrando, em tese, resposta penal proporcional — sem prejuízo de outras soluções de política criminal igualmente possíveis.

CONCLUSÃO

A pesquisa sintetizada partiu de uma primeira conclusão: não há, no ordenamento brasileiro, espaço para que a cegueira deliberada configure uma categoria autônoma de imputação subjetiva, seja pela lógica binária do Código Penal, seja pela inadequação de o Judiciário promover, por conta própria, essa mudança. Delimitou-se, a partir daí, a discussão à hipótese mais recorrente na jurisprudência: a cegueira deliberada como equivalente do dolo eventual.

Nessa hipótese, debateu-se eventual desnecessidade da teoria — mais apta a confundir uma discussão já complexa, a do dolo eventual na lavagem de capitais, do que a ofertar benefícios efetivos. Se a cegueira deliberada realmente equivale ao dolo eventual, faltaria razão para importá-la; bastaria valer-se do instituto já consagrado.

Quanto aos seus limites internos, verificou-se que a teoria acaba atribuindo conhecimento a quem, deliberadamente, optou por não tê-lo — quando o dolo, tal como positivado, pressupõe conhecer e querer, não bastando um agir moralmente reprovável na ausência de conhecimento efetivo. Essa conclusão ganha reforço no instituto do erro de tipo, que favorece quem pratica conduta típica por representação equivocada da realidade.

Em arremate, sem desconhecer a legitimidade de se pensar em respostas mais eficazes à criminalidade organizada, e reconhecendo o esforço internacional de combate à lavagem de dinheiro, a pesquisa discutiu, a título de contribuição ao debate



e sem pretensão de exaurir o tema, a eventual criação do tipo penal de lavagem de capitais a título de culpa — possibilidade que, entre outras soluções de política criminal igualmente cogitáveis, poderia contribuir para impedir que condutas potencialmente culposas sejam punidas como dolosas, na ausência de tipo próprio, e para conter interpretações mais elásticas do dolo eventual.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Michael Procopio Ribeiro Alves; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Cegueira deliberada: a imputação dolosa sem conhecimento. **Revista de Direito Penal Econômico e Compliance**, São Paulo, n. 4, p. 109-134, out./dez. 2020.

BARROS, Marco Antônio de; SILVA, Thiago Minetti Apostólico. Lavagem de ativos: dolo direto e a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 957, p. 203-256, jul. 2015.

BECK, Francis. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia do Sul, n. 41, p. 45-68, set. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm>. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Criminal n. 5047229-77.2014.4.04.7000**. Oitava Turma. Relator para acórdão: João Pedro Gebran Neto. Voto do Desembargador Federal Victor Laus. Porto Alegre, julgado em 23 mar. 2017. Disponível em: <<https://bityli.com/7QnftZ>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

CARDOSO, Débora Motta. A lavagem de dinheiro culposa frente aos excessos punitivos. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (org.). **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 109-119. Disponível em: <<https://goo.gl/GN2Bo6>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERREIRA, Vinícius Rodrigues Arouck. **A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio**. 2016. Monografia (Especialização) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016.

GONÇALVES, Lucas Pardini. **Imputação dolosa do crime omissivo impróprio ao empresário em cegueira deliberada**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/3Aixtee>>. Acesso em: 20 set. 2021.



GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução de Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p. xvii.

HERNANDES, Camila Ribeiro. **A impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada ao crime de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3iftYyS>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

KLEIN, Ana Luiza. **A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Disponível em: <<https://bit.ly/3jOhE8g>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 17, n. 204, p. 10-11, nov. 2009.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada "cegueira deliberada"**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3aj2Sn0>>. Acesso em: 30 set. 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. Acertando por acaso: uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APN 470. **Jornal de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 93-106, jul./dez. 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 255-280, ago. 2016.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

O TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA A AÇÃO DE NULIDADE DA DOAÇÃO INOFICIOSA À LUZ DO PRECEDENTE FIRMADO NO TEMA 1.200/STJ

THE TIME LIMIT FOR FILING AN ACTION TO VOID THE EXCESS OF A DONATION IN LIGHT OF THE PRECEDENT ESTABLISHED IN REPETITIVE CASE Nº 1.200

Isabella Sales Gualberto¹

Resumo: O presente trabalho tem como objeto a análise do termo inicial do prazo prescricional para a propositura da ação de nulidade da doação inoficiosa, nos casos em que o reconhecimento da filiação ocorre de forma tardia. A partir da compreensão do instituto da doação inoficiosa como reflexo da tutela à legítima dos herdeiros necessários, busca-se examinar o conflito entre o direito pessoal e imprescritível relativo à filiação, de um lado, e os direitos patrimoniais prescritíveis dela decorrentes, de outro, à luz dos critérios excepcionais de aplicação da teoria da actio nata em seu viés subjetivo e o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo nº 1.200.

Palavras-chave: doação inoficiosa; reconhecimento de filiação; prazo prescricional; teoria da actio nata.

Abstract: This article analyzes the time limit for filing an action to void the excess of a donation in cases where paternity is established belatedly. Based on an understanding of the concept of an inoperative donation as a reflection of the protection of the statutory share of mandatory heirs, this study seeks to examine the conflict between the personal right relating to filiation and the material rights arising therefrom, in light of the exceptional criteria for applying the theory of actio nata in its subjective perspective and the precedent established by the Superior Court of Justice in Repetitive Case nº 1.200.

Keywords: inoperative donation; acknowledgement of paternity; limitations period; theory of actio nata.

INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 consagra, no âmbito das relações familiares e sucessórias, o princípio da solidariedade entre gerações, tutelada por meio do instituto da legítima. A proteção desses interesses, porém, alcança igualmente os negócios jurídicos *inter vivos*, condicionando o amplo exercício da autonomia privada no que diz respeito à liberdade de disposição patrimonial. A doação inoficiosa desponta como

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Assistente Judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: isabella.sales.g@gmail.com

um reflexo dessa limitação, ao submeter o excesso da liberalidade ao regime das nulidades.

Não obstante, a invalidade da doação acarreta repercussões patrimoniais que, por sua natureza, sujeitam-se ao regime da prescrição. Como a legitimidade ativa recai sobre os herdeiros necessários, a definição do termo inicial para a propositura da respectiva ação torna-se tortuosa quando a própria condição de herdeiro não é conhecida ao tempo da liberalidade.

O conflito entre o direito personalíssimo e imprescritível ao reconhecimento da filiação, de um lado, e os direitos patrimoniais dele decorrentes, de outro, é objeto de longo dissídio jurisprudencial. Assim, pretende-se, com este trabalho, analisar a controvérsia à luz das compreensões firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema Repetitivo nº 1.200.

1. DOAÇÃO INOFICIOSA E O REGIME JURÍDICO DA LEGÍTIMA

A doação é o contrato por meio do qual uma pessoa, por liberalidade, transfere a outra bens ou vantagens do seu patrimônio, cujo conceito legal é extraído do artigo 538 do Código Civil. A rigor, a disciplina jurídica das doações é regida pelo princípio da autonomia privada, o qual assegura às partes liberdade para negociar, contratar e conformar suas relações jurídicas, conforme seus interesses.

Essa liberdade, contudo, não é absoluta e encontra limites estabelecidos em três pilares fundamentais: a ordem pública, a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Oportuno consignar, nesse contexto, que o Código Civil de 2002 consagrou profundas alterações na disciplina das relações privadas, na medida em que buscou conformar o diploma civil com o prisma social do Direito e, sobretudo, com os objetivos constitucionais implementados pela Constituição da República de 1988.

No âmbito dos contratos de doação, o exercício da autonomia privada sujeita-se a parâmetros delineados no próprio ordenamento jurídico, que o condiciona à proteção de interesses igualmente legítimos. Dentre eles, destaca-se a tutela da legítima, instituto de direito sucessório consubstanciado na fração indisponível da herança, isto é, a parte do patrimônio que não pode ser objeto de disposição pelo seu titular.

O artigo 1.846, do Código Civil, estabelece que “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. Tal dispositivo, ao assegurar aos herdeiros necessários – estes, definidos no art. 1.845

do mesmo diploma legal - a metade dos bens do *de cujus*, consagra, no âmbito das relações civis, a ideia de solidariedade familiar entre gerações². Como consequência, a liberdade de disposição patrimonial se projeta para além do direito sucessório e alcança também os negócios jurídicos realizados em vida, de modo a impedir que as liberalidades comprometam a quota mínima assegurada aos sucessores definidos em lei.

Nesse contexto, o Código Civil disciplina a doação inoficiosa, caracterizada pelo excesso da liberalidade que ultrapassa a metade do patrimônio de que o titular poderia dispor em testamento, em ofensa à legítima. O artigo 549 dispõe que “nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”. O art. 2.007, por sua vez, preceitua que estão sujeitas à redução a parcela que exceder o limite legal, *in verbis*:

Art. 2.007. São sujeitas à redução as doações em que se apurar excesso quanto ao que o doador poderia dispor, no momento da liberalidade.

§ 1º O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham, no momento da liberalidade.

§ 2º A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado; a restituição será em espécie, ou, se não mais existir o bem em poder do donatário, em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão, observadas, no que forem aplicáveis, as regras deste Código sobre a redução das disposições testamentárias.

§ 3º Sujeita-se a redução, nos termos do parágrafo antecedente, a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível.

§ 4º Sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso.

É certo que a doação inoficiosa se sujeita ao regime das nulidades, por expressa disposição legal. Não obstante, a leitura conjunta desses dispositivos evidencia que o negócio jurídico não é nulo na integralidade, eis que a invalidade alcança tão somente o excesso.

Por consequência, e considerando que a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudica na parte válida, como preceitua o art. 184, do CC, a nulidade, no caso, implica apenas a redução da liberalidade para atender aos limites legais do patrimônio disponível.

² CORREIA, Atalá; MACEDO, Leticia. É legítima a manutenção da legítima? Entre o remédio e o monstro no Direito Sucessório. *Conjur*, 2026. Disponível em: <<https://conjur.com.br/2026-abr-01/e-legitima-a-manutencao-da-legitima-entre-o-remedio-e-o-monstro-no-direito-sucessorio/>>. Acesso em 19 de setembro de 2026.



Se por um lado a ordem jurídica traz um limite objetivo para o exercício da autonomia patrimonial, como instrumento de proteção legal à legítima dos herdeiros necessários, por outro, a recomposição dessa parcela, mediante a redução da liberalidade na medida do excesso, não se projeta indefinidamente no tempo. Carnacchioni (2026) esclarece que, embora se trate de nulidade, em razão dos efeitos patrimoniais, a pretensão está sujeita ao prazo prescricional.³

Nesse contexto, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça reconhece a aplicabilidade do prazo prescricional geral decenal, previsto no art. 205, do CC, para a propositura da ação de redução por inoficiosidade. A legitimidade ativa, por certo, recai sobre os herdeiros necessários, a saber, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, os quais detém, de pleno direito, a legítima.

Sob essa perspectiva, a definição do termo inicial para o exercício dessa pretensão foi objeto de controvérsia no âmbito doutrinário e jurisprudencial, sobretudo em razão das especificidades relativas à transferência de bens imóveis, que exigem, via de regra, o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis para sua perfectibilização (art. 1.227, CC).

Assim, a teoria da *actio nata*, em suas diferentes vertentes, assume especial relevância para delimitar o regime prescricional aplicável à hipótese.

2. PRAZO PRESCRICIONAL: TEORIA DA ACTIO NATA

A prescrição, em linhas gerais, é a extinção da pretensão em razão da inércia do titular pelo decurso do prazo estabelecido em lei. O art. 189, do CC, dispõe que a pretensão surge com a violação do direito. Como regra, portanto, o termo inicial que deflagra o prazo prescricional é o momento da lesão a um direito subjetivo, conforme a teoria da *actio nata* em seu viés objetivo.

Entretanto, há diversas situações em que, conquanto já configurada a violação ao direito, o seu titular não tem ciência da lesão ou não dispõe dos instrumentos ou elementos necessários que lhe permitam exercer a respectiva pretensão. Em tais hipóteses, a adoção de um critério estritamente objetivo, na prática, conduziria a situações em que a prescrição se consuma antes mesmo que o sujeito interessado tenha condições de buscar a satisfação do seu direito.

³ CARNACCHIONI, Daniel. Manual de Direito Civil. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur. 2025, p. 789.



Diante disso, surgiu, como construção doutrinária, a teoria da *actio nata* na vertente subjetiva, extraída dos ditames da boa-fé objetiva. Segundo essa corrente, o início da pretensão depende da ciência inequívoca da lesão e da extensão do dano pelo titular do direito atingido.

Nesse sentido, Carnacchioni explica que

Portanto, em relação ao início do prazo prescricional, o art. 189 do CC estabelece como termo para o nascimento da pretensão a violação do direito subjetivo. É a violação do direito subjetivo que determina e deflagra o prazo de prescrição, pois com a violação, imediatamente, nasce a pretensão (e é esta que prescreve). A violação do direito subjetivo é necessária e suficiente para a deflagração do prazo prescricional em seu viés objetivo.

Todavia, excepcionalmente, é possível aplicar a vertente subjetiva ou viés subjetivo da teoria da *actio nata*. No viés subjetivo, que é excepcional, o termo inicial da prescrição depende do conhecimento inequívoco da lesão ou da violação do direito subjetivo. A violação do direito subjetivo é necessária, mas não suficiente para deflagrar o prazo prescricional.

O titular do direito subjetivo violado (no viés subjetivo) deverá ter plena ciência da lesão e de toda sua extensão para deflagrar o prazo de prescrição. A adoção excepcional do viés subjetivo da *actio nata* poderá ocorrer a partir da observância de alguns critérios: submissão a prazo prescricional curto; constatação concreta sobre a possibilidade ou não de o credor ter ou, ao menos, dever ter ciência do nascimento da pretensão; o fato de se relacionar, principalmente, a ilícito absoluto (responsabilidade extranegocial) e, previsão legal para impor o sistema subjetivo. Tais critérios não precisam estar todos presentes, de forma cumulativa. Caberá, no caso concreto, a partir de um ou mais destes critérios, a partir da valoração do princípio da boa-fé objetiva, conectado ao paradigma da eticidade, apurar a conveniência do viés subjetivo da teoria da *actio nata*.⁴

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça admite, de forma excepcional e em situações específicas, o viés subjetivo da teoria da *actio nata*. Cumpre registrar, em especial, o julgamento do REsp nº 1.836.016/PR, no qual a Corte Superior delineou alguns critérios, não exaustivos e não cumulativos, que recomendam a adoção dessa vertente subjetiva, assim sintetizados: (i) a afinidade com prazos prescricionais curtos; (ii) a ciência ou dever de ciência apurado a partir da boa-fé objetiva e de *standards* de atuação do homem médio; (iii) o fato de se estar diante de hipótese de responsabilidade civil por ato ilícito absoluto; (iv) a expressa previsão legal.⁵

É nesse contexto que se insere a discussão acerca do marco inicial da prescrição da ação para reconhecimento da nulidade da doação inoficiosa de imóveis,

⁴ CARNACCHIONI, Daniel. Manual de Direito Civil. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur. 2025, p. 347.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.836.016/PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 12 de agosto de 2025. Diário da Justiça Eletrônico, 18 de agosto de 2025.

a saber, se o prazo é inaugurado no momento da celebração do contrato de doação – por escritura pública ou instrumento particular, conforme art. 541, do CC – ou se é necessário o registro do título translativo para deflagrar o prazo prescricional.

A questão foi objeto de controvérsia nos Tribunais brasileiros e posteriormente pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que consolidou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para a ação de redução de doação por inoficiosidade inicia-se, em regra, na data do registro do ato que se pretende anular, salvo se houver ciência anterior inequívoca do prejudicado.

Tal conclusão amparou-se no fundamento basilar do direito registral, que é o princípio da publicidade. A partir do registro, permite-se presumir que os terceiros têm ciência inequívoca do negócio jurídico e podem, portanto, atuar para exigir a satisfação dos seus interesses. É dizer, o registro da doação torna pública a violação da legítima, o que faz surgir a pretensão de redução da liberalidade até o limite compatível com a parte disponível do patrimônio. Nesse sentido, o REsp nº 1.933.685/SP elucida a controvérsia:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE DOAÇÃO INOFICIOSA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO EXPRESSAMENTE DECIDIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE DE DOAÇÃO INOFICIOSA. SUBMISSÃO A PRAZO VINTENÁRIO (CC/1916) OU DECENAL (CC/2002). JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. REGRA GERAL. REGISTRO DO ATO JURÍDICO QUE SE PRETENDE ANULAR. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. CONFRONTO COM ATOS OU FATOS POSTERIORES. FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA. EXISTÊNCIA DE ATO OU FATO ANTERIOR AO REGISTRO APTO A CONFERIR CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA DOAÇÃO E QUE ATRAI O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO SUPOSTO PREJUDICADO, COMO INTERVENIENTE-ANUENTE, DA ESCRITURA PÚBLICA DE DOAÇÃO. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. AUSÊNCIA DE CERTEZA SOBRE O VALOR DO IMÓVEL QUE SERVIRIA DE BASE PARA O CÁLCULO DOS HONORÁRIOS SOB A ÓTICA DO PROVEITO ECONÔMICO. PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PARA APURAÇÃO DO VALOR DO IMÓVEL ESPECIFICAMENTE PARA BASE DE CÁLCULO DE HONORÁRIOS. FASE DE LIQUIDAÇÃO QUE DIZ RESPEITO AS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS, RELACIONADAS ÀS PARTES, FUNDADAS NA RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL DISCUTIDA EM JUÍZO E QUE FORAM OBJETO DE PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DA FASE DE LIQUIDAÇÃO APENAS PARA APURAÇÃO DO VALOR DE CONDENAÇÃO ACESSÓRIA, QUE DEVE SER NECESSARIAMENTE LÍQUIDA OU LIQUIDÁVEL A PARTIR DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL ILÍQUIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §2º, DO CPC/15. LEGITIMIDADE PARA INSTAURAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO CONFERIDA AO AUTOR E AO RÉU, MAS NÃO AO ADVOGADO DO VENCEDOR, SALVO NA HIPÓTESE DE EXISTIR TAMBÉM OBRIGAÇÃO PRINCIPAL A SER LIQUIDADA. TENTATIVA DA PARTE, ADEMAIS, DE REABRIR DISCUSSÃO QUE NÃO DIZ RESPEITO À

EXISTÊNCIA DE PROVEITO ECONÔMICO, MAS AO DESACERTO DE ANTERIOR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO AGRAVÁVEL QUE ACOLHEU APENAS PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA, POR SUPOSTA NÃO CORRESPONDÊNCIA AO CONTEÚDO PATRIMONIAL EM DISCUSSÃO OU AO PROVEITO ECONÔMICO PERSEGUIDO PELO AUTOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO AGRAVÁVEL QUE DEVERIA TER SIDO OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO POSTERIOR, INTERPOSTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSOU SOBRE O MÉRITO DO PROCESSO E QUE VISAVA A EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA PRESCRIÇÃO. PRECLUSÃO CONFIGURADA.

(...) 5- A jurisprudência desta Corte, em especial desta 3ª Turma, foi consolidada e reafirmada, recentemente, no sentido de que a ação de nulidade de doação inoficiosa se submete a prazo vintenário, se regida pelo CC/1916, ou decenal, se regida pelo CC/2002, razão pela qual descabe a tese de ausência de prazo, prescricional ou decadencial, para que se questione judicialmente a doação inoficiosa. Precedentes.

6- Em regra, o prazo para nulificar a doação inoficiosa deve ser contado a partir do registro do ato jurídico que se pretende anular, entendimento que está assentado em um dos principais pilares norteadores do sistema registral, qual seja, o princípio da publicidade, segundo o qual o registro por si só é capaz de gerar presunção de conhecimento por todos os interessados. Precedentes.

7- Esse entendimento, que tem como base o exame do ato registral anterior em confronto com atos ou fatos jurídicos subsequentes alegadamente deflagradores do prazo prescricional, deve ser excepcionado quando exista ato jurídico anterior ao registro, ao qual tenha sido dada ciência inequívoca ao prejudicado, como, na hipótese, a participação do herdeiro alegadamente prejudicado no ato de doação, celebrado por escritura pública na qual figurou como interveniente-anuente. (...) (REsp n. 1.933.685/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 31/3/2022).

Não se pode olvidar que os legitimados para a propositura da ação são os herdeiros necessários, que detêm, de pleno direito, a metade do patrimônio indisponível que constitui a legítima. A situação, porém, adquire contornos específicos quando a própria condição de herdeiro necessário é controvertida, como ocorre nos casos em que há o reconhecimento posterior da filiação.

Afinal, o reconhecimento do estado de filiação, como atributo intrinsecamente relacionado à identidade e ao nome, constitui direito da personalidade (arts. 11 e 16, do CC), e, pois, é personalíssimo, indisponível e imprescritível.

A tensão entre o direito pessoal e imprescritível relativo à filiação, de um lado, e os direitos patrimoniais prescritíveis dela decorrentes, de outro, também foi fonte de inúmeros debates na jurisprudência, justamente pela dificuldade em se definir o termo inicial para o exercício da pretensão por aquele que, no momento da violação do direito, ainda não tem sua condição de herdeiro juridicamente estabelecida.

Particularmente ao direito de petição da herança, o Superior Tribunal de Justiça solucionou a controvérsia, no julgamento do Tema Repetitivo nº 1.200, ocasião em que se fixou a seguinte tese, de observância obrigatória e vinculante:

"O prazo prescricional para propor ação de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, cuja fluência não é impedida, suspensa ou interrompida pelo ajuizamento de ação de reconhecimento de filiação, independentemente do seu trânsito em julgado".⁶

A hipótese de doação inoficiosa, entretanto, não foi analisada no precedente repetitivo, persistindo as divergências entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça acerca do termo inicial aplicável no caso de reconhecimento tardio da filiação.

3. A RATIO DECIDENDI DO TEMA 1.200/STJ E A DOAÇÃO INOFICIOSA

O longo dissídio jurisprudencial acerca do prazo prescricional para a propositura da ação de petição de herança foi finalmente dirimido com o julgamento do Tema Repetitivo nº 1.200 pelo Superior Tribunal de Justiça, com a compreensão de que o termo inicial é a data da abertura da sucessão, cujo prazo não se interrompe ou suspende pelo ajuizamento da ação de reconhecimento de filiação.

Na ocasião, a Corte Superior reafirmou a sua posição já consolidada de aplicação estritamente excepcional da teoria da *actio nata* em seu viés subjetivo, esclarecendo que a interpretação das normas sucessórias inseridas no ordenamento jurídico conduz, de forma clara, à incidência da regra geral adotada no art. 189, do CC, na vertente objetiva.

A doação inoficiosa consubstancia situação essencialmente distinta, eis que o ato de liberalidade que viola a legítima do pretenso herdeiro superveniente é praticado em vida pelo doador. Diante disso, a compreensão perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça alinhou-se, em um primeiro momento, à corrente que adota como termo inicial da pretensão do herdeiro necessário preterido o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade.

Tal entendimento foi reforçado em precedente recente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.029.809/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Segunda Seção. Julgado em: 22 de maio de 2024. Diário da Justiça Eletrônico, 28 de maio de 2024.

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÕES. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO INOFICIOSA AJUIZADA POR FILHA RECONHECIDA POR MEIO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DA TEORIA DA ACTIO NATA EM SEU VIÉS SUBJETIVO. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

Caso em exame

1. Recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, em ação declaratória de nulidade de doação e partilhas em inventários cumulada com petição de herança e indenização, afastou a prescrição com base na teoria da actio nata, fixando como termo inicial o trânsito em julgado do reconhecimento de paternidade da autora, ocorrido em 2014, e declarou a inoficiosidade do excesso da doação de direito de meação realizada em 2005.

2. O Juízo de primeira instância reconheceu a prescrição do direito de anular doação inoficiosa, com prazo de 10 anos contado da escritura pública de 2005. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou e aplicou a teoria da actio nata, fixando o termo inicial do prazo prescricional na data do trânsito em julgado do reconhecimento de paternidade da autora.

Questão em discussão

3. Há três questões em discussão: (i) saber se o prazo prescricional decenal para a ação de nulidade de doação inoficiosa deve iniciar-se do registro do ato, em respeito ao princípio da publicidade registral, ou do trânsito em julgado do reconhecimento de paternidade; (ii) saber se a aplicação da teoria da actio nata subjetiva é compatível com a nulidade de doação inoficiosa na hipótese de filha não reconhecida à época da liberalidade; e (iii) saber se há dissídio jurisprudencial suficiente para uniformização.

Razões de decidir

4. A jurisprudência do STJ estabelece que o prazo prescricional para a ação de nulidade de doação inoficiosa, em regra, inicia-se na data do registro do ato jurídico que se pretende anular, salvo se houver ciência inequívoca anterior do suposto prejudicado.

5. A teoria da actio nata, em seu viés subjetivo, é aplicável em casos excepcionais, como na hipótese de herdeiro necessário cuja filiação não era reconhecida à época da liberalidade, sendo o termo inicial do prazo prescricional a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade.

6. No caso concreto, a autora não havia sido reconhecida como filha do doador à época da doação, sendo o reconhecimento de paternidade realizado apenas em 2014. Assim, o prazo prescricional decenal para a ação de nulidade de doação inoficiosa começou a contar a partir do trânsito em julgado do reconhecimento de paternidade.

7. A recorrente não impugnou especificamente o fundamento autônomo do acórdão recorrido quanto à impossibilidade de ajuizamento da ação de nulidade de doação antes do reconhecimento de filiação da recorrida, atraindo a incidência da Súmula n. 283 do STF.

8. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, que admite a aplicação da teoria da actio nata em casos de reconhecimento de paternidade post mortem.

9. Recurso especial não provido.

(REsp n. 2.208.255/MG, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/2/2026, DJEN de 13/2/2026).

Contudo, em precedente posterior, a Terceira Turma revisou seu entendimento e aplicou à doação inoficiosa o critério objetivo do registro da doação como termo inicial para a prescrição:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. CIVIL. DOAÇÃO. NULIDADE. LIBERALIDADE DE ASCENDENTE EM FAVOR DE DESCENDENTES. RECONHECIMENTO JUDICIAL DE PATERNIDADE POSTERIOR. PRETENSÃO DE ANULAR A PARTE INOFICIOSA DAS DOAÇÕES. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DO REGISTRO DAS ESCRITURAS DE DOAÇÃO NO CARTÓRIO IMOBILIÁRIO. PUBLICIDADE REGISTRAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ACTIO NATA EM SEU VIÉS SUBJETIVO. NÃO CABIMENTO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. MODIFICAÇÃO.

1. A controvérsia dos autos resume-se em definir: se o termo inicial da prescrição da pretensão de nulidade de doação inoficiosa deve ser a data do registro da doação ou o trânsito em julgado da ação que reconhece a paternidade.

2. A doação inoficiosa configura nulidade parcial quanto à parcela que excede a parte disponível, conforme os arts. 549, 1.789 e 1.846 do Código Civil, mas a pretensão de invalidação sujeita-se à prescrição, incidindo o prazo geral decenal previsto no art. 205 do Código Civil. Precedentes.

3. Nos termos do art. 189 do Código Civil, a pretensão nasce com a violação do direito, que, na hipótese de doação inoficiosa, se consuma com a prática da liberalidade da doação e se torna juridicamente relevante e oponível a terceiros com o registro do título translativo no Cartório de Registro de Imóveis, segundo dispõem os arts. 1.227 e 1.245 do Código Civil. A publicidade registral e a fé pública que dela decorre impõem a adoção do registro como marco objetivo para o termo inicial da prescrição.

4. A Segunda Seção, no EAREsp n. 1.260.418/MG e no Tema Repetitivo 1.200, consolidou o entendimento de que o prazo prescricional da petição de herança conta-se da abertura da sucessão, adotando a corrente objetiva da actio nata e afastando a tese de que o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, imprescritível, pudesse postergar o termo inicial da prescrição da pretensão patrimonial derivada.

5. Embora a nulidade da doação inoficiosa incida sobre ato inter vivos, ao passo que a petição de herança pressupõe sucessão aberta, há identidade substancial da razão de decidir. Pretende-se proteger a legítima dos herdeiros necessários, evitando que o reconhecimento tardio da filiação autorize a reabertura indefinida de situações patrimoniais consolidadas.

6. A adoção de marcos temporais objetivos (abertura da sucessão, na hipótese mortis causa, e registro das doações, no caso das liberalidades inter vivos) garante segurança jurídica e previsibilidade.

7. No caso concreto, tendo as doações sido registradas em 03.12.2003 e proposta a ação anulatória apenas em novembro de 2019, mostra-se caracterizada a prescrição decenal, sendo irrelevante, para fins do termo inicial, o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade em 11.04.2017.

8. Recurso especial não provido.

(REsp n. 2.001.763/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/4/2026, DJEN de 16/4/2026).

Observa-se que, no referido precedente, a Terceira Turma, acertadamente, reconheceu a identidade da *ratio decidendi* do Tema 1.200/STJ com a hipótese então apreciada. Isso porque, no julgamento do recurso repetitivo, a Corte Superior adotou um marco temporal objetivo a fim de privilegiar a segurança jurídica, a previsibilidade e as relações jurídicas patrimoniais, mesmo diante do reconhecimento tardio da filiação.

A compreensão firmada no precedente vinculante foi pragmática e aplica-se, de forma incontestada, à doação inoficiosa: na ponderação dos interesses em litígio, os

efeitos da desconstituição de um negócio jurídico anos após a sua regular formalização, quando o patrimônio doado já sofreu alterações em seu estado fático, evidencia prejuízos incontornáveis para os herdeiros e terceiros de boa-fé que com ele se relacionaram.

Destarte, a despeito da distinção relevante entre a ação de petição de herança e a ação de nulidade por doação inoficiosa, ao termo inicial do prazo prescricional de ambas se aplica a teoria da *actio nata* em seu viés objetivo, com início do prazo, no primeiro caso, na data da abertura da sucessão e, no segundo, na data do registro, independentemente do ajuizamento da ação de reconhecimento de filiação. Assegure-se, assim, a segurança jurídica e a estabilidade das relações jurídicas, impedindo a rediscussão de situações patrimoniais há muito consolidadas.

CONCLUSÃO

A doação inoficiosa é mais um dos institutos jurídicos de tutela à legítima, na medida em que sujeita a parte do patrimônio que exceder àquela de que o doador não poderia dispor em testamento à inevitável redução ao limite legal.

Assim, muito embora o negócio jurídico seja praticado em vida, há inequívoca semelhança entre a ação de nulidade da doação por inoficiosidade e a ação de petição de herança nos casos em que o reconhecimento da filiação - e, conseqüentemente, da própria legitimação do herdeiro à propositura da ação - ocorre de forma tardia.

A repercussão da investigação de paternidade sobre a definição do termo inicial para a propositura da respectiva ação é objeto de controvérsia na jurisprudência. Nesse contexto, o julgamento do REsp nº 1.933.685/SP pela sistemática dos recursos repetitivos, embora refira-se à ação de petição de herança, propicia uma melhor compreensão da questão, ao colocar em evidência a opção do Superior Tribunal de Justiça em privilegiar a segurança jurídica e a estabilização das relações jurídicas patrimoniais há muito consolidada em detrimento dos interesses patrimoniais do herdeiro reconhecido tardiamente.

A partir de uma leitura sistemática do tema, pode-se concluir pela identidade da *ratio decidendi* da tese fixada no Tema Repetitivo nº 1.200/STJ com a hipótese da ação de redução da doação por inoficiosidade, de modo a fixar-se, como termo inicial para o exercício dessa pretensão, a data do registro do ato que se pretende anular, independentemente do ajuizamento de ação de reconhecimento de filiação.



REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.836.016/PR. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 12 de agosto de 2025. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 de agosto de 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.029.809/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Segunda Seção. Julgado em: 22 de maio de 2024. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 de maio de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.208.255/MG. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma. Julgado em: 9 de fevereiro de 2026. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 de fevereiro de 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.001.763/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 13 de abril de 2026. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 de abril de 2026.

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de Direito Civil**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur. 2025.

CORREIA, Atalá; MACEDO, Leticia. É legítima a manutenção da legítima? Entre o remédio e o monstro no Direito Sucessório. **Conjur**, 2026. Disponível em: <<https://conjur.com.br/2026-abr-01/e-legitima-a-manutencao-da-legitima-entre-o-remedio-e-o-monstro-no-direito-sucessorio/>>. Acesso em 19 de setembro de 2026.

A REVOGAÇÃO DAS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS CONDICIONADAS E POR PRAZO CERTO E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

THE REVOCATION OF CONDITIONAL AND FIXED-TERM TAX EXEMPTIONS AND THE PRINCIPLE OF PROTECTION OF LEGITIMATE EXPECTATIONS

Marina Gregory Moraes¹

Resumo: O artigo examina os limites à revogação das isenções tributárias à luz do princípio da proteção à confiança. Parte da controvérsia sobre a natureza jurídica da isenção -dispensa legal do pagamento de tributo devido ou delimitação do campo de incidência da norma tributária - para demonstrar que a premissa adotada repercute diretamente sobre a eficácia da lei revogadora. Em seguida, analisa a classificação das isenções nos arts. 175 a 179 do Código Tributário Nacional, com ênfase no art. 178, na redação da Lei Complementar nº 24/1975, e na Súmula 544 do Supremo Tribunal Federal, segundo os quais apenas as isenções concedidas por prazo certo e em função de determinadas condições não podem ser livremente revogadas. Examinam-se, ainda, os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé, da anterioridade e da legalidade, bem como precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Conclui-se que as isenções onerosas e por prazo certo geram direito adquirido, protegido pela confiança legítima do contribuinte; que o enquadramento nessa espécie nem sempre é simples, pois os critérios se imbricam na prática; e que, mesmo nas demais isenções, a revogação equivale à instituição ou majoração de tributo, devendo observar a legalidade e a anterioridade, sem que se admita a cobrança imediata.

Palavras-chave: Isenção tributária. Revogação. Proteção à confiança. Segurança jurídica. Anterioridade.

Abstract: This article examines the limits on the revocation of tax exemptions in light of the principle of protection of legitimate expectations. It starts from the dispute over the legal nature of exemptions - a legal waiver of payment of a tax that is due, according to the traditional theory, or a delimitation of the scope of the tax rule, according to the contemporary theory - to show that the chosen premise directly affects the effectiveness of the repealing statute. It then analyzes the classification of exemptions in articles 175 to 179 of the Brazilian National Tax Code, with emphasis on article 178, as worded by Complementary Law no. 24/1975, and on Precedent 544 of the Federal Supreme Court, under which only exemptions granted for a fixed term and conditional on specific requirements cannot be freely revoked. The principles of legal certainty, protection of legitimate expectations and good faith, of anteriority and of legality are also examined, together with case law of the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. The article concludes that onerous, fixed-term exemptions create an acquired right protected by the taxpayer's legitimate expectations; that classifying an exemption in this category is not always straightforward, since the criteria overlap in practice; and that, even for the remaining exemptions, revocation is equivalent to creating or increasing a tax, and must therefore comply with legality and anteriority, without allowing immediate collection.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: mgregorymoraes@gmail.com

Keywords: Tax exemption. Revocation. Protection of legitimate expectations. Legal certainty. Anteriority principle.

1 INTRODUÇÃO

A revogação das isenções tributárias é tema recorrente na doutrina e na jurisprudência que, no mais das vezes, deixam de considerar aspectos tradicionalmente atribuídos ao Direito Administrativo, como o princípio da proteção à confiança. Em um sistema jurídico concebido com unidade, a divisão do Direito em ramos não deve impedir que conceitos de uma área iluminem problemas de outra. Este artigo propõe aproximar, de modo harmônico, as noções de isenção e de proteção à confiança, a fim de compreender as causas e os limites que condicionam o ente tributante a tornar sem efeito a medida isentiva.

O problema que orienta o estudo pode ser assim formulado: se é certo que as isenções concedidas sob condição e por prazo certo não podem ser livremente revogadas, a verificação desses critérios nem sempre se dá de modo claro, o que atribui ao intérprete a difícil tarefa de enquadrar cada isenção em suas distintas categorias. E, mesmo para as isenções livremente revogáveis, a definição de sua natureza jurídica projeta consequências relevantes sobre a possibilidade de exigir imediatamente o tributo.

Para enfrentá-lo, é preciso definir, antes, a natureza jurídica das isenções, pois a eficácia da lei revogadora depende do modo como se compreende a incidência tributária (seção 2). Delimitado o instituto e distinguido de figuras afins (seção 3), analisa-se sua classificação no Código Tributário Nacional (seção 4), estudam-se os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e da boa-fé (seção 5), da anterioridade e da legalidade (seção 6) e, por fim, o tratamento dispensado à matéria pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) (seção 7).²

² A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sítios eletrônicos do STJ <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>, em 7 jul. 2016, com os termos “revogação” E “isenção” ADJ “tributária” E “confiança”, o que resultou em 2 acórdãos e 9 decisões monocráticas; e do STF <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>, em 20 jul. 2016, com os termos “isenção” E “confiança”, que retornou 5 acórdãos.

2 NATUREZA JURÍDICA DAS ISENÇÕES E SEUS REFLEXOS SOBRE A REVOGAÇÃO

Os dicionários definem isenção como o ato ou efeito de eximir-se de uma obrigação. Ideia útil, mas insuficiente como critério jurídico. No caso das palavras inseridas em leis, o significado de um dispositivo legal não é dado *a priori*: resulta da atividade interpretativa, de modo que texto e norma não se confundem, sendo aquele o ponto de partida e esta o resultado da construção do intérprete (Ávila, 2015, p. 51; Grau, 2011, p. 218-225). Por isso, não se pode decidir sobre a revogabilidade das isenções sem antes definir o que elas são no Direito Tributário.

2.1 Teoria tradicional: a isenção como dispensa legal do pagamento de tributo devido

Os autores da teoria tradicional viam nas isenções regras contrapostas às regras de tributação, que atuavam suspendendo os efeitos da incidência da norma tributária.³ Ocorrido o fato gerador, nasceria a obrigação; a norma isentiva, incidindo em momento posterior, sustaria sua eficácia. Rubens Gomes de Sousa (1975, p. 219) sintetiza a ideia: na isenção “o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento”. Seguem essa linha Falcão (1973, p. 132) e Moraes (1969, p. 673), para os quais a isenção pressupõe a incidência.

A concepção encontra amparo na literalidade do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966 – CTN), que arrola a isenção e a anistia como hipóteses de exclusão do crédito tributário (art. 175), o que sugere que o crédito surge para, depois, ser excluído.⁴ Era essa, ademais, a orientação do anteprojeto de Rubens Gomes de Sousa, cujo art. 220 definia a isenção como “a dispensa legal do pagamento de tributo devido” (Brasil, 1954, p. 62). O relatório aprovado pela Comissão Especial acolheu a ideia de que a dispensa não representa renúncia ao poder de tributar, mas exceção aberta pela própria lei tributária aos efeitos de seus dispositivos de incidência (Brasil, 1954, p. 231-234).

³ Adotam-se as expressões “teoria tradicional” e “teoria contemporânea” apenas para distinguir os momentos em que a isenção foi situada no campo da incidência tributária e no da não incidência (ou não incidência qualificada).

⁴ O CTN distingue a obrigação tributária, que surge com o fato gerador (art. 113, §1º), do crédito tributário, constituído pelo lançamento (art. 142). Daí a diferença entre a exclusão do crédito (art. 175), que impediria sequer o seu lançamento, e a sua extinção (art. 156), que só ocorre após o lançamento.

Duas observações se impõem. Primeiro, a definição do anteprojeto não subsistiu no texto final do Código: o art. 219 do anteprojeto falava em excluir a exigibilidade do crédito, ao passo que o art. 175 do CTN passou a referir-se à exclusão do próprio crédito tributário (Brasil, 1954, p. 62). Segundo, apesar disso, doutrina e jurisprudência seguiram tratando a isenção como dispensa do pagamento de tributo devido: na ADI 286/RO, o STF afirmou que “a isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador” (Brasil, 2002c). Sob essa ótica, a revogação da isenção restituiria plena eficácia à norma de tributação, permitindo a cobrança imediata do tributo, sem atenção ao princípio da anterioridade.

2.2 Teoria contemporânea: a isenção como delimitação da norma de incidência

A doutrina clássica foi duramente criticada pelos autores da teoria contemporânea. José Souto Maior Borges (2011, p. 153, 164) rejeita a ideia de uma obrigação tributária “insusceptível de produzir efeito jurídico” e passa a ver na isenção hipótese de não incidência legalmente qualificada. Segundo o autor, o legislador dispõe de duas técnicas: deixar de considerar certas situações, caso em que há não incidência pura e simples; ou considerá-las expressamente para afastá-las da tributação, caso das isenções (Borges, 2011, p. 155). Em ambos os casos, o efeito da isenção é impedir o nascimento da obrigação tributária.

A construção representou avanço ao superar a ideia de uma obrigação que nasce e é imediatamente esvaziada, mas recebeu duas críticas. A primeira: é difícil explicar o que seria uma “não incidência” definida em lei, já que o enunciado normativo se caracteriza justamente pela possibilidade de sua incidência (Schoueri, 2015, p. 679). A segunda, apoiada na nova hermenêutica: a norma tributária não decorre de um único dispositivo isolado, mas da interpretação de um conjunto de textos que compõem o sistema. Assim, a norma de incidência só se conhece depois de consideradas as hipóteses exonerativas; para Schoueri (2015, p. 681), não há não incidência legalmente qualificada, mas incidência, resultante do conjunto dos textos legais que versam sobre a matéria. No mesmo sentido, Coêlho (2011, p. 787) sustenta que as regras que definem os fatos tributáveis se conjugam às previsões imunizantes e isencionais para compor uma única hipótese de incidência, e Becker (2007, p. 277) afirma que “a regra da isenção incide para que a de tributação não possa incidir”.

Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 568-570), por sua vez, vê na isenção a mutilação parcial de um ou mais critérios da regra-matriz de incidência - material,

espacial, temporal, pessoal ou quantitativo, que subtrai parcela do campo de abrangência do antecedente ou do consequente e inibe a operatividade da regra-matriz. A mutilação é parcial, e não total, porque a supressão integral equivaleria a invalidar a própria norma. Coêlho (2011, p. 779) adere à ideia, mas a restringe ao antecedente (incluído o critério pessoal): as exonerações que atingem o consequente, em especial o critério quantitativo, configurariam outros fenômenos, como reduções de base de cálculo e de alíquota, deduções e créditos presumidos.

2.3 Critério adotado e consequências para a revogação

A teoria tradicional explica adequadamente o motivo pelo qual o CTN insere a isenção entre as hipóteses de exclusão do crédito: a leitura literal dos arts. 175 e seguintes remete a momento posterior à ocorrência do fato gerador. Mostra-se inadequada, contudo, para explicar o fenômeno da isenção e suas consequências, porque desconsidera (i) a diferença entre norma e enunciado legal e (ii) as garantias constitucionais do contribuinte quanto à revogação das isenções. Situar a isenção no campo da incidência equivale a olhar apenas para o dispositivo isentivo, quando a apuração do vínculo obrigacional exige a análise do conjunto de textos: a norma de incidência só pode ser fixada depois de excluídos os fatos abrangidos pelas regras de exoneração (Schoueri, 2015, p. 683). Tributação e isenção atuam, portanto, de modo simultâneo e não sucessivo.

Quadro 1 – Natureza jurídica da isenção e efeitos da revogação

Aspecto	Teoria tradicional	Teoria contemporânea
Concepção	Dispensa legal do pagamento de tributo devido (SOUSA, 1975, p. 219).	Não incidência qualificada (BORGES, 2011) ou mutilação parcial da regra-matriz (CARVALHO, 2012); exclusão da incidência.
Momento de atuação	Incide primeiro a norma de tributação, nascendo a obrigação; depois, a norma de isenção sustaria sua eficácia.	Tributação e isenção atuam simultaneamente; a norma de incidência resulta do conjunto dos textos legais (SCHOUERI, 2015, p. 683).
Efeito da lei revogadora	Restabelece a eficácia da norma de tributação; cobrança imediata.	Equivale à instituição ou majoração de tributo; exige lei e observância da anterioridade.

Fonte: elaboração própria.

Adota-se, por isso, a compreensão da isenção como hipótese de mutilação parcial da regra-matriz ou, em termos mais gerais, como exclusão da incidência

tributária — e não do crédito ou da obrigação. Nas palavras de Coêlho (2011, p. 783), a isenção e a imunidade “obstam a própria incidência, impedindo que se instaure a obrigação”. Não se trata de opção meramente acadêmica: a premissa escolhida define a eficácia temporal da lei revogadora, como sintetiza o Quadro 1 acima. Se a isenção é mera dispensa, sua revogação opera efeitos imediatos; se é mutilação parcial da regra-matriz, revogá-la equivale a instituir tributo novo, sujeitando-se às garantias constitucionais da anterioridade.

3 ISENÇÃO, IMUNIDADE E FIGURAS AFINS

A isenção não se confunde com a imunidade. Ambas, como a não incidência, têm em comum o fato de que, diante delas, não surge o vínculo jurídico da incidência (Borges, 2011, p. 190). O critério distintivo é a hierarquia normativa: as imunidades são estabelecidas pela Constituição; as isenções, por lei infraconstitucional (Coêlho, 2011, p. 780). Dele decorrem quatro consequências. Estruturalmente, a imunidade delimita a própria competência tributária - os entes federados não podem instituir impostos sobre as situações do art. 150, VI, da Constituição Federal (CF) -, enquanto a isenção opera dentro dessa competência. Quanto à origem da limitação, há heterolimitação no primeiro caso e autolimitação no segundo (Coêlho, 2011, p. 776-777), razão pela qual, desde a CF de 1988, é vedada a isenção heterônoma (art. 151, III): quem pode tributar pode isentar (Schoueri, 2015, p. 688).⁵ Quanto ao fundamento, as imunidades consagram valores de elevada carga axiológica, como a liberdade de crença, ao passo que as isenções expressam desígnios mais comuns e, por isso, mais flexíveis (Schoueri, 2015, p. 236). Por fim, como a modificação de uma imunidade exige o exercício do poder constituinte, sua natureza é mais perene em comparação às isenções, alteráveis por procedimento legislativo mais simples. A terminologia empregada pelo legislador é, ademais, irrelevante: se a Constituição chama de isenção o que é imunidade, ocorre o que Borges (2011, p. 155) denomina transubstanciação do preceito isentivo em imunidade.

Tampouco a isenção é mero favor ou privilégio. O poder de isentar exige fundamento e observância da igualdade e da proporcionalidade, pois sua razão de ser

⁵ Sob a Emenda Constitucional nº 1/1969, a União podia, por lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, conceder isenções de impostos estaduais e municipais (art. 19, §2º). Remanescem resquícios de heteronomia quando lei complementar federal concede isenção de tributo estadual ou municipal nas exportações: ICMS (Lei Complementar nº 87/1996, art. 3º, II, parágrafo único) e ISS (Lei Complementar nº 116/2003, art. 2º, I).

é atender ao interesse público, sob pena de violar a isonomia (Nogueira, 1995, p. 172); e o uso do termo “favor”, ainda que figurado, pode induzir a equívoco quanto à natureza do instituto (Borges, 2011, p. 52). Schoueri (2015, p. 244) distingue, quanto à motivação, as isenções técnicas (ou impróprias), fundadas em critério próprio da tributação, como a capacidade contributiva, e as isenções próprias (ou de subvenção), de caráter extrafiscal, que funcionam como normas indutoras, instrumentos de intervenção do Estado no domínio econômico. Esta segunda categoria é a que interessa ao presente estudo, pois é nela que o legislador estimula condutas por meio de condições e prazos e é nela, portanto, que a confiança do contribuinte encontra maior campo de incidência. A motivação do legislador pode ser, contudo, mista (Schoueri, 2015, p. 244).

Quanto à alíquota zero e à não incidência, o STF, no RE 370.682, aproximou as três figuras para fins de creditamento do IPI, por produzirem, em termos econômicos, efeitos idênticos (BRASIL, 2007b), embora existam distinções técnicas. A mais evidente é a do veículo normativo: a alíquota zero pode ser alterada pelo Poder Executivo, nos limites da lei, em relação a certos impostos federais, como IPI, II, IE e IOF (art. 153, §1º, CF), ao passo que a isenção só pode ser concedida por lei específica (art. 150, §6º, CF). A isenção é, assim, sempre dependente de lei - o que repercute diretamente sobre o procedimento de sua revogação (seção 6).

4 CLASSIFICAÇÃO DAS ISENÇÕES NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E IRREVOGABILIDADE

4.1 Forma, prazo e abrangência

O CTN disciplina a isenção nos arts. 175 a 179 e permite classificá-la quanto à forma, ao critério temporal, ao espectro de abrangência e ao alcance territorial.⁶ Quanto à forma, o art. 176 estabelece que a isenção, “ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei”, que especifique as condições e os requisitos exigidos, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de duração. A forma contratual não converte o ajuste em negócio de vontades: as cláusulas não são negociáveis e restringem-se ao que dispõe a lei, em razão da indisponibilidade do interesse público (Nogueira, 1995, p. 170). Por isso, a doutrina aproxima as isenções

⁶ Salvo disposição de lei em contrário, as isenções não alcançam as taxas e as contribuições de melhoria (art. 177, I, CTN), espécies de natureza contraprestacional ou indenizatória, que não se ajustam ao instituto (Nogueira, 1995, p. 171).

contratuais das condicionadas, pois só faz sentido um “contrato” quando há particularidades a considerar na concessão da medida.

Quanto ao critério temporal, a isenção pode ser concedida por prazo certo ou indeterminado. Fixar o prazo não é obrigatório, mas confere maior segurança e previsibilidade à relação entre Fisco e contribuinte, pois a ausência de prazo, somada à concessão em caráter geral, permite a revogação a qualquer tempo (art. 178). Quanto à abrangência, o art. 179 distingue as isenções gerais das especiais. As gerais (objetivas) descrevem objetivamente as situações e beneficiam todos os que nelas se encontrem, independentemente de requerimento. As especiais, ou condicionadas, dependem de requerimento com prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos legais e são efetivadas, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa. São as isenções onerosas: exigem do contribuinte uma contrapartida, que deve ser observada de forma ininterrupta enquanto perdurar a concessão. Por fim, o art. 176, parágrafo único, admite as isenções geográficas, restritas a determinada região do território do ente tributante, como os incentivos voltados à redução das desigualdades regionais.

A razão dessa distinção é bem explicada por Nogueira (1995, p. 172): quando a isenção não é concedida por prazo certo e sob condição, o poder concedente pode reexaminar, a qualquer tempo, o seu fundamento, para modificá-la ou revogá-la; quando o é, o próprio legislador predetermina, no tempo e na forma, a relação de interesse público no caso concreto. Enquanto o contribuinte satisfaz as condições dentro do prazo, coexistem os fundamentos de interesse público que justificam a isenção e o direito subjetivo do titular (Nogueira, 1995, p. 173).

4.2 O art. 178 do CTN, a Súmula 544 do STF e o direito adquirido à isenção

O art. 178 do CTN dispõe que “a isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo”, observado o art. 104, III. A redação decorre da Lei Complementar nº 24/1975. Em sua versão original, o dispositivo excetuava a livre revogabilidade quando a isenção fosse concedida “por prazo certo ou em função de determinadas condições” - critérios alternativos. Foi sob esse regime que o STF editou a Súmula 544: “Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas”. Com a alteração de 1975, os critérios passaram a ser

cumulativos: somente as isenções onerosas e por prazo certo escapam à revogação a qualquer tempo, e é a essa espécie que se dirige a proteção examinada neste artigo.

Nessas hipóteses, o contribuinte adequou-se para preencher as condições legais, em troca da exoneração por certo período. Nasce, então, o direito subjetivo de exigir a abstenção do Fisco quanto à cobrança do tributo, desde que mantidos o preenchimento das condições e o cumprimento dos requisitos durante o prazo previsto no despacho concessivo (Borges, 2011, p. 76; Nogueira, 1995, p. 173). Isso não significa que a lei instituidora não possa ser revogada, mas que a revogação não alcança quem já implementou as condições e obteve o despacho, enquanto perdurar o prazo, atingindo apenas os que ainda não iniciaram o cumprimento dos requisitos.

Essa proteção tem limites. O art. 179, §2º, dispõe que o despacho concessivo “não gera direito adquirido”, aplicando-se, quando cabível, o art. 155 do CTN: a isenção individual é revogada de ofício quando se apura que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou de cumprir os requisitos. Nesse caso, o crédito é cobrado com juros de mora e com penalidade apenas se houver dolo ou simulação. A regra confirma que a tutela recai sobre o contribuinte que efetivamente cumpre as condições e age de boa-fé: exige-se da Administração Pública como também do contribuinte conduta conforme a boa-fé objetiva, com a transparência e a diligência esperadas quando do requerimento da isenção.

5 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ

Vive-se, na expressão de Di Pietro (2009, p. 155), a “era dos princípios”, em que a legalidade deixa de significar a submissão à lei em sentido puramente formal para abranger os valores e princípios do ordenamento. Nesse contexto, a segurança jurídica protege o indivíduo contra arbitrariedades do Poder Público e constitui alicerce do Estado Democrático de Direito, sendo positivada no preâmbulo da Constituição. Segundo Ávila (2014, p. 263-280), seu fim maior é promover um estado ideal de coisas caracterizado por cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade: cognoscibilidade, no sentido de acesso material e intelectual ao conteúdo normativo - e não de determinação absoluta, dada a indeterminação inerente à linguagem (Ávila, 2014, p. 256, 264); confiabilidade, como estabilidade e continuidade normativas, sem imutabilidade; e calculabilidade, como capacidade de antecipar o conteúdo normativo (Ávila, 2014, p. 264-266). O STF acolheu essa formulação, ao afirmar, em voto do Ministro Edson Fachin, que a segurança jurídica corresponde a “um estado de

cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade legitimamente esperado pelo cidadão em relação aos atos do Poder Público” (Brasil, 2016).

A doutrina reconhece duas dimensões da segurança jurídica: a objetiva, atrelada aos limites à retroatividade dos atos estatais e à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; e a subjetiva, que corresponde à proteção à confiança depositada pelos administrados nos atos, procedimentos e condutas do Estado (Couto e Silva, 2004). Canotilho (1998, p. 250) observa que os dois princípios andam estreitamente associados a ponto de a proteção da confiança ser vista como subprincípio ou dimensão específica da segurança, e ambos são exigíveis perante “qualquer acto” de “qualquer poder”. No mesmo sentido, o STF já afirmou que a confiança é elemento da segurança jurídica, com um componente de ética jurídica aplicável às relações de direito público (Brasil, 2004).

No Direito Administrativo, é forte a ideia de limitação à liberdade de o Estado modificar sua conduta, mesmo diante de atos ilegais, quando eles geraram vantagens a destinatários de boa-fé que confiaram em sua legitimidade. Di Pietro (2016, p. 281-282) lembra que a Administração tem, em regra, o dever de anular atos ilegais, mas pode deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo da anulação for maior que o da manutenção do ato - caso em que o interesse público norteia a decisão. A Lei nº 9.784/1999 inclui a segurança jurídica entre os princípios da Administração (art. 2º), com o propósito de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei (Di Pietro, 2016, p. 116), pois, se a Administração adotou determinada interpretação e a aplicou, não pode depois anular atos anteriores sob o pretexto de erro interpretativo.

Essa preocupação não é exclusiva do Direito Administrativo. No Direito Tributário, o contribuinte, muitas vezes prejudicado quanto à cognoscibilidade de uma legislação esparsa e de linguagem vaga, apoia-se nos *leading cases* para orientar suas condutas e evitar ser surpreendido após efetuar seu planejamento. Ambas as dimensões da segurança jurídica visam à manutenção do status quo, sem exigir a imutabilidade do ordenamento, a fim de evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou da conduta do Estado que lhes causem prejuízo ou frustrem legítimas expectativas (Couto e Silva, 2004).

A matéria aplica-se de modo direto às isenções condicionadas e por prazo certo. Sendo normas indutoras (Schoueri, 2015, p. 244), elas convidam o contribuinte a adaptar sua conduta - investindo, exportando, instalando-se em certa região,

mantendo determinada composição societária - em troca de exoneração por tempo determinado. Ao aceitar o convite, o contribuinte planeja seus negócios, aplica as verbas que deixou de destinar ao tributo e assume compromissos confiando na estabilidade do benefício. Revogá-lo antes do termo, com o contribuinte cumprindo as condições, é retirar o que a própria lei ofereceu como contrapartida, em comportamento contraditório do Estado. Carrazza (2009, p. 898) sintetiza:

Assim, as vantagens da isenção transitória condicional incorporam-se ao patrimônio de seu destinatário (quem cumpriu a condição), que passa a ter o direito adquirido de continuar desfrutando do benefício, até a expiração do prazo fixado na lei isentiva. O patrimônio da pessoa beneficiada por esta modalidade de isenção não pode ser prejudicado, sob pena de burla ao inciso XXXVI do art. 5º da CF ('a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada') (Carrazza, 2009, p. 898).

O autor acrescenta que admitir a revogação antecipada, sem nenhuma consequência jurídica, seria admitir que ao legislador é dado iludir os contribuintes, levando-os, por artimanhas, a certas condutas para depois retirar-lhes o benefício - burla à boa-fé dos administrados que não se admite em um Estado de Direito (Carrazza, 2009, p. 898).

6 ANTERIORIDADE E LEGALIDADE NA REVOGAÇÃO DAS ISENÇÕES

Mesmo quando a proteção à confiança e o direito adquirido não impedem a revogação da isenção, é preciso indagar como e quando ela pode produzir efeitos. Duas garantias respondem à questão.

O princípio da anterioridade veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que os institua ou majore e antes de decorridos noventa dias dessa publicação (art. 150, III, "b" e "c", CF), assegurando ao contribuinte prazo razoável para planejar-se: é o princípio da não surpresa. Alguns impostos, dada a natureza fortemente extrafiscal, estão excepcionados. O IPI, por exemplo, escapa da anterioridade anual, mas não da nonagesimal, como decidiu o STF ao suspender, na ADI 4.661 MC/DF, dispositivo de decreto que conferia vigência imediata à majoração de alíquotas do IPI, entendendo que a anterioridade nonagesimal incide mesmo quando a majoração se efetiva por ato infralegal (Brasil, 2011b).

A questão é saber se a revogação de isenção se submete a essa garantia, e a resposta depende, mais uma vez, da natureza jurídica do instituto. Sob a perspectiva da teoria contemporânea, a lei isentiva impede a ocorrência do fato gerador, de modo

que sua revogação equivale à criação ou majoração de tributo e deve respeitar a anterioridade - a nonagesimal, por exemplo, na revogação de isenção de IPI. Mesmo à margem dessa teoria, a doutrina converge: Baleeiro (1985, p. 595) sustenta que a revogação total ou parcial da isenção não tem eficácia imediata, só sendo executada no primeiro dia do exercício seguinte ao da publicação da lei revogadora, por força do art. 104, III, do CTN, salvo se a lei dispuser de maneira mais favorável ao contribuinte. Carvalho (2012, p. 533) é categórico:

É questão assente que os preceitos de lei que extingam ou reduzam isenções só devam entrar em vigor no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que forem publicados. Os dispositivos editados com esse fim equivalem, em tudo e por tudo, aos que instituem o tributo, inaugurando um tipo de incidência. Nesses termos, em homenagem ao princípio da anterioridade, o termo inicial de sua vigência fica diferido para o primeiro dia do próximo exercício (Carvalho, 2012, p. 533).

Assim, se é verdade que a isenção, em regra, não gera direito adquirido e é livremente revogável, sua revogação jamais poderia ensejar a tributação imediata.

Quanto à legalidade, se nenhum tributo pode ser instituído ou majorado sem lei que o estabeleça (art. 150, I, CF), tampouco se pode retirar situações, pessoas ou bens do alcance da tributação sem lei que o admita. Para Borges (2011, p. 38), o princípio tem eficácia não apenas positiva, no estabelecimento de tributos, mas também negativa, na exoneração fiscal: se inexistente tributo sem lei, tampouco existe isenção sem lei. O art. 150, §6º, da CF, na redação da Emenda Constitucional nº 3/1993, exige lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente a matéria ou o correspondente tributo. Segundo o Ministro Nelson Jobim, a exigência buscou evitar barganhas parlamentares em torno de benefícios tributários, quando emendas com “fotografia” beneficiavam categorias, regiões ou situações específicas (Brasil, 2007). No ICMS, as isenções dependem de deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos de lei complementar (art. 155, §2º, XII, “g”, CF); quanto ao ISS, cabe à lei complementar regular a forma e as condições de sua concessão e revogação (art. 156, §3º, III, CF).

Decorre daí que a revogação da isenção não pode ser feita por mecanismo ordinário, mas somente pelo mesmo procedimento que a instituiu: se é concedida por lei específica, por lei específica deve ser revogada. E, sendo equiparada à instituição de tributo novo ou à majoração de tributo antigo, a revogação subordina-se, cumulativamente, à legalidade e à anterioridade.

7 A REVOGAÇÃO DAS ISENÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

A pesquisa jurisprudencial realizada permite observar como os tribunais superiores tratam a matéria. No STF, foram localizados cinco acórdãos. Seu exame mostra, em primeiro lugar, que a Corte segue tratando a isenção como dispensa do pagamento de tributo devido (Brasil, 2002) e que, embora a Súmula 544 proteja as isenções onerosas, a proteção à confiança apareceu apenas de modo lateral. No RE 587.604 AgR, o Tribunal reputou válida a revogação, por lei ordinária, da isenção da COFINS concedida às sociedades civis de prestação de serviços profissionais (Brasil, 2008) - hipótese de isenção geral, sem contrapartida -, e a confiança foi invocada apenas em voto vencido, para a modulação dos efeitos da mudança de orientação. No mesmo sentido, no RE 370.682 e no RE 723.651 a segurança jurídica e a confiança legítima foram suscitadas apenas para pleitear a modulação de efeitos de viragem jurisprudencial, tendo prevalecido, nos três casos, a tese favorável ao Fisco (Brasil, 2007b; 2008; 2016).⁷

No STJ, a pesquisa localizou dois acórdãos e nove decisões monocráticas, que remetem a precedentes da própria Corte. Os cinco julgados analisados (Quadro 2) afastaram a revogação da isenção em favor do contribuinte, com fundamento na segurança jurídica, no direito adquirido e na Súmula 544 do STF; em dois deles, a proteção à confiança foi expressamente invocada. A defesa fazendária tem consistido, basicamente, em tentar descaracterizar a espécie isentiva: sustenta que o cumprimento das condições não configura encargo apto a preservar o direito adquirido, como o incremento das exportações (Brasil, 2004), ou que a cláusula da lei isentiva não constitui condição onerosa (Brasil, 2002). Uma vez consignados o caráter oneroso e o prazo, a jurisprudência é consolidada no sentido da impossibilidade de revogação.

⁷ O quinto acórdão localizado versa sobre escusa absolutória (“isenção de pena”) em crime patrimonial praticado contra ascendente e, por isso, não guarda relação com o objeto deste estudo.

Quadro 2 – Julgados do STJ sobre revogação de isenções condicionadas

Julgado	Isenção discutida	Resultado	Invocou proteção à confiança?
AgRg no REsp 266.326/SC (BRASIL, 2004)	Isenção condicionada ao incremento das exportações (Decreto-Lei nº 2.324/1987).	Revogação inválida: encargo suportado pelo contribuinte.	Sim
REsp 166.552/SP (BRASIL, 2001)	Isenção de II e IPI a fabricantes que obtiveram incentivo à exportação até 31.12.1989 (Decreto-Lei nº 2.324/1987).	Revogação inválida; aplicação da Súmula 544 do STF.	Não
REsp 390.733/DF (BRASIL, 2002)	Isenção de II e IPI à ACESITA enquanto o Banco do Brasil fosse seu maior acionista (Lei nº 2.894/1956).	Revogação inválida: a condição absorve o prazo.	Sim
REsp 433.819/MG (BRASIL, 2002)	Mesmo regime do Decreto-Lei nº 2.324/1987.	Revogação inválida; provimento parcial ao recurso do contribuinte.	Não
REsp 1.133.032/PR (BRASIL, 2011)	Isenção de imposto de renda sobre ganho na alienação de participações societárias mantidas por cinco anos (Decreto-Lei nº 1.510/1976, revogado pela Lei nº 7.713/1988).	Revogação inválida, por maioria, ainda sem prazo expresso.	Não (fundamentos: segurança jurídica e isonomia)

Fonte: elaboração própria, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do STJ em 7 jul. 2016.

Os precedentes revelam, porém, que o enquadramento nem sempre é simples. No REsp 390.733/DF, a Lei nº 2.894/1956 isentou a ACESITA de II e IPI enquanto o Banco do Brasil fosse seu maior acionista. A Fazenda alegou a ausência de prazo certo e de condição onerosa. A Primeira Turma entendeu que a lei deixou de fixar prazo justamente em função da condição imposta, de modo que a peculiaridade do encargo absorvia a consideração do tempo de vigência da isenção (Brasil, 2002a).

No REsp 1.133.032/PR, discutiu-se a isenção de imposto de renda sobre o ganho de capital na alienação de participações societárias, mantidas por ao menos cinco anos, instituída pelo Decreto-Lei nº 1.510/1976 e revogada pela Lei nº 7.713/1988. O relator, vencido, exigiu a cumulação de prazo certo e condição e viu na lei apenas esta última. Prevaleceu, contudo, o voto do Ministro Castro Meira, que reconheceu a irrevogabilidade mesmo sem prazo expresso, em respeito à segurança jurídica e à isonomia entre os contribuintes que buscaram a via administrativa e a judicial, dado o reiterado reconhecimento do direito adquirido pela Câmara Superior

de Recursos Fiscais. O Ministro Benedito Gonçalves, por sua vez, entendeu que o prazo mínimo de cinco anos era inerente à própria condição onerosa (Brasil, 2011a). A sentença de primeiro grau, reproduzida no voto do relator, chegara a observar que a isenção “não tinha prazo específico, mas apenas condições que, desnecessário dizer, toda lei de isenção impõe” (Brasil, 2011a, fls. 2-3). A observação expõe outra dificuldade: como distinguir as isenções condicionadas das gerais, se toda isenção exige alguma particularidade - material, espacial, temporal, subjetiva ou quantitativa - que sirva de fator de *discrímen* dos contribuintes isentos?

Esses casos mostram que o STJ, ainda que nem sempre nomeie o princípio, protege a confiança do contribuinte que, cumprindo as condições, adaptou sua atividade ao estímulo estatal. Não há vedação, porém, a que o Poder Público revise os motivos que fundamentaram a concessão: a proteção alcança o contribuinte de boa-fé que implementou o que a lei exigia, e não a isenção em si.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiro, a natureza jurídica da isenção não é questão meramente teórica. Concebida como dispensa legal do pagamento de tributo devido, sua revogação produziria efeitos imediatos; compreendida como exclusão da incidência, resultante da mutilação parcial da regra-matriz, sua revogação equivale à instituição ou majoração de tributo e exige observância da legalidade e da anterioridade. A segunda concepção mostra-se mais adequada por respeitar a distinção entre texto e norma e as garantias constitucionais do contribuinte.

Segundo, após a Lei Complementar nº 24/1975, o princípio da proteção à confiança tem plena aplicação às isenções concedidas de forma onerosa e por prazo determinado, que geram direito adquirido ao contribuinte que cumpre as condições e cuja revogação frustraria a legítima expectativa depositada em ato do próprio Estado. Não se trata de vedar ao Poder Público a revisão dos motivos que fundamentaram a concessão, mas de impedir que a revogação atinja quem cumpriu o que a lei exigiu.

Terceiro, a categorização nessa espécie nem sempre é fácil, pois os critérios se imbricam: a condição pode conter em si o prazo, como no caso da ACESITA; o prazo pode ser inerente à onerosidade, como no REsp 1.133.032/PR; e o próprio encargo pode ser controvertido, como no incentivo às exportações. Em tais hipóteses, a proteção à confiança funciona como vetor interpretativo, a orientar o intérprete a



considerar a boa-fé e a expectativa legítima do contribuinte que ajustou sua conduta ao estímulo estatal.

Quarto, mesmo a regra geral de livre revogabilidade das isenções gerais e sem prazo certo comporta limites: a revogação exige lei específica, pelo mesmo procedimento da concessão, e equivale à instituição de tributo. Tornar sem efeito a isenção e exigir de imediato o pagamento, sem prazo mínimo para que o contribuinte se planeje, caracteriza abuso de direito e gravame contrário aos limites constitucionais ao poder de tributar. Impõe-se, assim, a observância da anterioridade, evitando-se a surpresa que onera o contribuinte.

Por qualquer ângulo que se analise, portanto, o tema recoloca o problema na unidade do sistema jurídico: as isenções situam-se no mesmo patamar das normas de tributação, e o poder de isentar e de revogar isenções, como o de tributar, exerce-se dentro dos limites da segurança jurídica e da proteção à confiança.



REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Projeto de Código Tributário Nacional (Projeto de Lei nº 4.834, de 1954). **Diário do Congresso Nacional**, Rio de Janeiro, 7 set. 1954. Anteprojeto de autoria de Rubens Gomes de Sousa e relatório da Comissão Especial. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/511517>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 266.326/SC. Relator: Min. Francisco Falcão. Julgado em 7 out. 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 16 nov. 2004, p. 186. (2004a)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial 166.552/SP. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Julgado em 22 maio 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 fev. 2002, p. 239. (2001)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial 390.733/DF. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 7 nov. 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 fev. 2003, p. 226. (2002a)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). Recurso Especial 433.819/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 27 ago. 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, 23 set. 2002, p. 284. (2002b)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). Recurso Especial 1.133.032/PR. Relator: Min. Luiz Fux; Relator para o acórdão: Min. Castro Meira. Julgado em 14 mar. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 maio 2011. (2011a)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 286/RO. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgado em 22 maio 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 ago. 2002, p. 60. (2002c)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.661 MC/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 20 out. 2011. (2011b)



BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 587.604. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 16 dez. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 abr. 2009. (2008)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 353.668/PR. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgado em 15 fev. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, 20 abr. 2007. (2007a)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança 22.357. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 27 maio 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, 5 nov. 2004, p. 6. (2004b)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 370.682. Relator: Min. Ilmar Galvão; Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 jun. 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 dez. 2007. (2007b)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 723.651. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 4 fev. 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 ago. 2016. (2016)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Tipologia exonerativa: imunidades, isenções e outras formas de exonerar os contribuintes às luzes da teoria da norma jurídica. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). **Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, v. 2, n. 6, p. 7-59, jul./set. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, n. 100, jun. 2009.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.



GRAU, Eros Roberto. Interpretação da lei tributária e segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 113, p. 218-225, 2011.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 4. ed., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Ed. póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.



**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO HAVIDO POR REPRODUÇÃO
ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*: UMA RELEITURA À LUZ DO
ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA¹**

INHERITANCE RIGHTS OF CHILDREN CONCEIVED THROUGH POSTHUMOUS
HOMOLOGOUS ASSISTED REPRODUCTION: A REVIEW IN LIGHT OF THE
CURRENT CASE LAW OF THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Lucian da Paixão Sachetti²

Resumo: O avanço das técnicas de reprodução humana assistida fez surgir situações jurídicas antes inimagináveis, em especial no campo do direito de família e das sucessões. Dentre elas, destaca-se a reprodução assistida homóloga *post mortem*, em que o material genético do cônjuge ou companheiro falecido é utilizado para a concepção de um filho após a abertura da sucessão. O Código Civil de 2002 presume a paternidade do filho assim concebido (art. 1.597, III e IV), mas silencia quanto aos seus direitos sucessórios, ao passo que o art. 1.798 legitima a suceder apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da morte do autor da herança. O presente artigo, revisitando estudo elaborado em 2013, examina se há solução jurídica para a questão, à luz da igualdade entre os filhos (CF, art. 227, § 6º), da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar, e confronta as conclusões originais com o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, especialmente o REsp 1.918.421/SP, que exige autorização expressa e formal do falecido para a implantação *post mortem* de embriões, e o Tema Repetitivo 1.200, que fixa a abertura da sucessão como termo inicial da prescrição da petição de herança. Utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Conclui-se que o filho concebido *post mortem* com consentimento válido do genitor falecido deve ter reconhecida a sua vocação hereditária, mas que tal reconhecimento depende de manifestação de vontade formal e inequívoca do falecido, e que a tutela de seu quinhão exige atenção aos prazos prescricionais tal como hoje interpretados pelo STJ, recomendando-se a fixação legal de prazo para a concepção, como propõe o Projeto de Lei nº 4/2025.

Palavras-chave: Reprodução assistida homóloga *post mortem*. Direito sucessório. Igualdade entre os filhos. Consentimento. Petição de herança. Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: Advances in assisted human reproduction techniques have given rise to legal situations that were previously unimaginable, particularly in family and inheritance law. Among them is posthumous homologous assisted reproduction, in which the genetic material of a deceased spouse or partner is used to conceive a child after the opening of the succession. The 2002 Brazilian Civil Code presumes the paternity of a child so conceived (art. 1,597, III and IV), but is silent on the child's inheritance rights,

¹ O presente artigo é versão revista, ampliada e atualizada da monografia de conclusão de curso apresentada pelo autor à Faculdade Atenas em 2013, sob orientação da Profª. Msc. Érika Tuyama. O autor declara que não recebeu subvenções, apoios ou financiamentos para a realização desta pesquisa.

² Analista Judiciário (TJGO). Bacharel em Direito pela Faculdade Atenas, Paracatu/MG. E-mail: luciansachetti@yahoo.com.br Anápolis/GO, Brasil.

while art. 1,798 grants standing to inherit only to persons born or already conceived at the time of the decedent's death. This article, revisiting a study written in 2013, examines whether there is a legal solution to this issue in light of the equality among children (Federal Constitution, art. 227, § 6), human dignity and free family planning, and compares the original conclusions with the current case law of the Superior Court of Justice (STJ), especially Special Appeal 1,918,421/SP, which requires the express and formal authorization of the deceased for the posthumous implantation of embryos, and Repetitive Theme 1,200, which sets the opening of the succession as the starting point of the limitation period for the petition of inheritance. The deductive method was used, with bibliographic, documentary and case law research. It is concluded that a child posthumously conceived with the valid consent of the deceased parent should have his or her inheritance rights recognized, but that such recognition depends on a formal and unequivocal expression of the deceased's will, and that the protection of the child's share requires attention to limitation periods as currently construed by the STJ, making it advisable to establish by law a time limit for conception, as proposed by Bill No. 4/2025.

Keywords: Posthumous homologous assisted reproduction. Inheritance law. Equality among children. Consent. Petition of inheritance. Superior Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

Em razão da omissão legislativa sobre a matéria, o principal objetivo do presente estudo é revelar os efeitos jurídicos que envolvem a reprodução assistida homóloga *post mortem*, especificamente no que diz respeito aos direitos sucessórios do filho assim concebido, face ao ordenamento jurídico pátrio e ao contexto social.

No caso, justamente porque o nosso ordenamento não veda tal meio de reprodução, tampouco traz legislação específica sobre a temática, surgem questões de grande discussão, já que o art. 1.597 do Código Civil de 2002 mostra-se insatisfatório: presume a paternidade do filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, mas nada diz sobre a sua capacidade sucessória.

Ocorre que o mesmo diploma estabelece que a sucessão se abre com a morte, momento em que a herança se transmite, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784), e que somente se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1.798). Em dissonância, a Constituição da República prescreve a absoluta igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

Dessa forma, emerge a seguinte pergunta de pesquisa: há solução jurídica para os direitos sucessórios do filho havido por reprodução assistida homóloga *post*

mortem, considerando os valores éticos da formação familiar, frente à notada proteção à dignidade da pessoa humana?

Duas hipóteses foram inicialmente formuladas. A primeira, de que a aplicação das normas de integração do direito à lacuna existente, especialmente a partir do que descreve o art. 1.799, I, do Código Civil, possibilitaria a abertura de uma via sucessória para a prole eventual. A segunda, de que os valores da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos devem sobrepor-se, no caso concreto, à preservação do patrimônio.

A versão original deste estudo foi elaborada em 2013, como monografia de conclusão do curso de Direito. Passada mais de uma década, a matéria recebeu contribuições relevantes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da regulamentação deontológica do Conselho Federal de Medicina, das normas registras do Conselho Nacional de Justiça e do projeto de atualização do Código Civil em tramitação no Senado Federal. Por essa razão, além de sistematizar o raciocínio originalmente desenvolvido, o presente artigo confronta as conclusões de então com o entendimento atual, indicando expressamente os pontos em que foram revistas.

Quanto à metodologia, adotou-se o método dedutivo, partindo de premissas e teorias gerais para alcançar os aspectos específicos da sucessão do filho concebido *post mortem*. Trata-se, conforme ensinam Houaiss, Villar e Franco (2001, p. 2571), de raciocínio estruturado formalmente a partir de duas proposições, ditas premissas, das quais, por inferência, se obtém necessariamente uma terceira, chamada conclusão. Utilizou-se, ainda, o método histórico, traçando a evolução do tema, com base em pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

O artigo está estruturado da seguinte forma: a seção 2 aborda a evolução e as modalidades de reprodução assistida; a seção 3 trata da nova face da família e do livre planejamento familiar; a seção 4 examina o conflito entre a presunção de paternidade e as regras de legitimação sucessória, bem como as correntes doutrinárias; a seção 5 analisa a exigência de consentimento do falecido, à luz das normas administrativas e do REsp 1.918.421/SP; a seção 6 revisita a petição de herança diante do Tema Repetitivo 1.200 do STJ; a seção 7 apresenta as perspectivas do Projeto de Lei nº 4/2025; e a seção 8 expõe as considerações finais.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: EVOLUÇÃO E MODALIDADES

Atualmente, podemos destacar o notório avanço no campo da biotecnologia, o que, de fato, possibilitou o aprimoramento de técnicas capazes de dar azo à reprodução *post mortem*. Dentro disso, muitas outras técnicas foram criadas para aprimorar a fertilização em laboratório, fazendo surgir incontáveis situações jurídicas nunca antes imagináveis, em especial na área do direito de família, em razão da preocupação com os filhos havidos por tais meios.

Dito isso, a literatura costuma apontar como marco inicial da reprodução assistida as experiências do cientista italiano Lazzaro Spallanzani, no final do século XVIII, que demonstrou ser possível a fecundação de um animal fêmea sem qualquer contato com o macho. A experiência utilizou o sêmen de um cão, aplicado na fêmea em período fértil, e resultou no nascimento de três filhotes. Daí surgiu a conclusão de que o fluido seminal e o óvulo seriam os requisitos principais para a fecundação em mamíferos, independentemente de contato sexual.

Em seres humanos, atribui-se ao cirurgião britânico John Hunter, também no final do século XVIII, o primeiro registro de inseminação artificial entre marido e mulher, que resultou em gravidez e no nascimento de um bebê vivo, demonstrando mais uma vez que a reprodução pode independender do contato sexual entre os envolvidos. Sobre o tema, tem-se que:

A Inseminação artificial (IA), é o método mais simples da fertilização assistida, dá-se com a introdução de esperma no interior do canal genital feminino, por processos mecânicos, sem que tenha havido aproximação sexual com o fim de originar um ser humano. Na implementação desta técnica pode-se utilizar o sêmen e/ou óvulo homólogo, pertencentes ao marido ou a própria mulher, respectivamente, o que se convencionou chamar de Inseminação (Fernandes, 2009).

A partir de então, as técnicas de reprodução em laboratório foram cada vez mais ampliadas e aprimoradas, possibilitando o nascimento de crianças muito esperadas por casais que se viam impossibilitados de ter filhos pela via natural. Contudo, este não foi o único método desenvolvido pela biotecnologia. Merece destaque a inseminação com sêmen congelado, realizada de forma pioneira nos Estados Unidos, técnica que deu origem aos bancos de sêmen hoje amplamente conhecidos e que possibilita, inclusive, a fertilização *post mortem*.

Além disso, podemos citar a fertilização *in vitro*, desenvolvida na Inglaterra, em que a fecundação do óvulo pelo espermatozoide ocorre em laboratório, fora do corpo

da mulher, com posterior transferência dos embriões para o útero. Em excelente artigo sobre o assunto, Fernandes (2009) pondera que:

A fertilização "*in vitro*" (FIV), também denominada como "bebê de proveta" é indicada para mulheres que tem obstrução tubária, as mulheres que possuem sequelas de uma doença inflamatória pélvica, mulheres que perderam as trompas, casais que não conseguem engravidar sem causa aparente e outras questões, como mulheres que nasceram sem útero, entre outras. Este tipo de fertilização ocorre em tubos de ensaio, onde o óvulo é fecundado pelo espermatozoide, em tubo de proveta, e a seguir os embriões são implantados no aparelho reprodutor feminino. Em 1978, nasceu o primeiro bebê de proveta, na Inglaterra, após mais de dez anos de experimentos em embriões, a equipe de Edwards e Steptoe obtiveram êxito com o nascimento de Louise Joy Brown, em 25 de julho daquele ano, na cidade de Oldham, na Inglaterra.

Tecnicamente, no que interessa ao presente estudo, tem-se a fertilização *post mortem*, que consiste na utilização, após a morte de um dos cônjuges ou companheiros, de seu material genético criopreservado (sêmen, óvulo) ou de embriões já formados em vida, para posterior implantação na mulher.

A reprodução assistida pode ser heteróloga ou homóloga. No primeiro caso, a heterogeneidade decorre da utilização de material genético de terceiro, isto é, o sêmen ou o óvulo não pertence a um dos envolvidos no projeto parental, vindo por meio de doação de pessoa estranha ao casal. Neste ponto, a Resolução CFM nº 1.358/1992, em seu item IV, 2, já estabelecia que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.³

Por outro lado, a reprodução assistida homóloga consiste na técnica em que ambos os gametas provêm do próprio casal. Para Welter (2003), esta técnica diz respeito à coleta de material genético dos cônjuges ou conviventes, de modo que o material genético pertence ao casal. Dissertando sobre o tema, Medeiros (2001) assevera que:

Existem duas formas de inseminação artificial: a homóloga e a heteróloga. Na inseminação homóloga o material genético pertence ao casal interessado, pressupondo que a mulher seja casada ou mantenha união estável. É utilizada nas situações onde o casal possui fertilidade, mas não é capaz da fecundação por meio do ato sexual. Na inseminação heteróloga o espermatozoide é doado por terceira pessoa, sendo aplicável, por exemplo, nos casos de esterilidade do marido e incompatibilidade sanguínea do fator Rh. [...]

³ A Resolução CFM nº 1.358/1992 foi a primeira norma deontológica brasileira sobre o tema, tendo sido sucessivamente substituída por outras resoluções do Conselho Federal de Medicina, até a atual Resolução CFM nº 2.320/2022, examinada na seção 5.



É justamente na modalidade homóloga, quando um dos cônjuges já se encontra falecido ao tempo da concepção, que surgem as questões jurídicas relativas à sucessão, pois a sucessão é aberta com o falecimento do autor da herança. A técnica, que permanece sem legislação específica em nosso sistema jurídico, reflete diretamente no conceito de família, principalmente no que tange à filiação, como se verá adiante.

3 A NOVA FACE DA FAMÍLIA E O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

A família é uma instituição reconhecida desde os tempos primitivos. Contudo, tal instituição vem sofrendo constantes modificações em seu conceito com o passar dos tempos e o surgimento de novas ideias em seu entorno. Isso porque, se anteriormente se exigia a presença do homem, representando o poder patriarcal, da mulher submissa e dos filhos advindos de tal relacionamento, hoje tal preceito não é mais necessário.

É fato que o conceito retrógrado de família vinha ligado às ideias de tradição, de preservação do casamento a qualquer custo, buscando a sociedade reprimir qualquer forma que pudesse macular a imagem da "família perfeita". No entanto, com o passar dos tempos e, em especial, com a promulgação da Constituição da República de 1988, houve uma modificação do pensamento social, passando-se a reconhecer realidades antes desprovidas de tutela, tais como a união estável, a igualdade entre os filhos e a família monoparental.

A título de ilustração, sobre a família monoparental, prescreve Leite (2003, p. 22):

É a Família constituída quando uma pessoa, que pode ser homem ou mulher, encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças, as quais a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 referiu-se como descendentes.

No mais, podemos citar como exemplo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, em que, na esteira do julgamento conjunto da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF pelo Supremo Tribunal

Federal, admitiu-se a habilitação para o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:⁴

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. [...] (Brasil, 2011).

Como se vê, o direito brasileiro vem sofrendo grandes modificações, seja em razão de lacunas existentes em suas normas, seja da necessidade de constante atualização, já que o direito não pode tornar-se engessado, sob pena de se cometerem grandes injustiças. O julgado acima, aliás, revela um dado metodológico importante para o tema aqui tratado: as questões de direito de família e sucessões não podem ser resolvidas "de costas" para a Constituição.

Neste sentido, é reconhecido à pessoa o direito ao planejamento familiar, podendo realizar livremente um projeto de parentalidade. O art. 226, § 7º, da Constituição da República dispõe que, "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito" (Brasil, 1988). A matéria foi regulamentada pela Lei nº 9.263/1996, que cuida das políticas públicas relativas à regulação da fecundidade e garante a todos o acesso igualitário às informações e aos métodos respectivos.

Relacionado a isso está o direito à vida, que, segundo Moraes (2000), constitui o mais fundamental de todos os direitos, por ser pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais, cabendo ao Estado assegurá-lo em dupla acepção: o direito de continuar vivo e o direito a uma vida digna quanto à subsistência.

⁴ Registre-se que, após a elaboração da versão original deste estudo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175/2013, vedando às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, é notável a existência de novos critérios classificatórios anteriormente não cogitados, justamente em decorrência de se reconhecer novas origens para a filiação. Com o surgimento de técnicas científicas que passaram a permitir a reprodução humana por critérios puramente científicos, não haveria como deixar de haver um alargamento no conceito familiar e de se cogitar a hipótese de sucessão *post mortem*.

4 FILIAÇÃO E SUCESSÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

4.1 A presunção de paternidade do art. 1.597 do Código Civil

É fato notório que a atual Constituição da República, cujo apelido de "Constituição Cidadã" não lhe foi dado à toa, trouxe grandes consequências ao direito de família, em especial por eliminar a desigualdade entre os filhos, o que, por si só, influi diretamente no tema tratado neste estudo. Tanto é que em seu art. 227, § 6º, está esculpida a regra de que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (Brasil, 1988).

Entrementes, em se tratando da técnica de fecundação em que o material genético provém do próprio casal, com a particularidade de que um dos cônjuges já se encontra falecido ao tempo da inseminação ou da implantação do embrião, é de grande relevância o que dispõe o art. 1.597 do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (Brasil, 2002).

Do mencionado artigo, podemos verificar que o Código Civil reconhece a filiação do filho advindo da fecundação homóloga *post mortem*, atualizando o ordenamento jurídico aos progressos da biogenética, no entanto, de forma incompleta. A doutrina e a jurisprudência cuidaram de agregar ao dispositivo um requisito que ele

não explicita: o consentimento do falecido. Nesse sentido, o Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (Conselho da Justiça Federal, 2002).

Em sentido semelhante, e ampliando a reflexão para a hipótese inversa, o Enunciado nº 633 da VIII Jornada de Direito Civil admite que "é possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresse consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira" (Conselho da Justiça Federal, 2018).

4.2 O Princípio da Saisine e a legitimação para suceder

O art. 1.597 não deixa claro quais seriam os direitos sucessórios decorrentes da filiação por ele presumida, justamente porque o art. 1.784 do mesmo diploma prescreve que, "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (Brasil, 2002). É o princípio da saisine, pelo qual os bens são transferidos aos sucessores no exato momento da morte do autor da herança. Como sintetizou a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, "pelo princípio da saisine, a herança transmite-se no momento da abertura da sucessão" (Brasil, 2022).

A esse princípio soma-se a regra do art. 1.798, segundo a qual "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (Brasil, 2002). Assim, restaria por se questionar: se os bens são transferidos aos herdeiros com o falecimento do autor da herança, como ficariam os direitos sucessórios daquele que sequer havia sido concebido nesse momento?

De certa forma, esta não é uma questão inédita em nosso ordenamento, eis que a filiação sempre foi objeto de controvérsia jurídica, já que, anteriormente, sequer se reconheciam direitos ao filho nascido fora do casamento, então rotulado de "ilegítimo". No entanto, o tema aqui tratado é de elevada discussão, justamente porque a lacuna é patente.

Para a hipótese dos embriões já formados em vida e criopreservados (art. 1.597, IV), o Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil propôs solução interpretativa específica:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança (Conselho da Justiça Federal, 2004).

O enunciado, contudo, alcança apenas o embrião já concebido em laboratório ao tempo da morte, deixando em aberto a situação do filho cuja própria concepção ocorre após o óbito, a partir de gametas criopreservados (art. 1.597, III).

4.3 As correntes doutrinárias

Por outro lado, deve-se considerar o bom senso no caso concreto, eis que, conforme leciona Diniz (2009, p. 7), quando houver conflito entre a ciência e outro direito reconhecido fundamentalmente ao ser humano, a solução deverá ser sempre a dignidade da pessoa humana, por se tratar de fundamento do Estado Democrático de Direito. Neste sentido:

Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, a solução ou o ponto de equilíbrio deverá ser o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nesta esteira de raciocínio, vale transcrever o pensamento de Gama (2003, p. 475), ao ponderar que "todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação".

Ocorre que, no que se refere à sucessão do filho concebido *post mortem*, a doutrina diverge. Em síntese, é possível identificar três correntes (Miranda, 2024; Rufato; Siqueira, 2023): a) uma corrente restritiva, apegada à literalidade do art. 1.798, que nega direitos sucessórios a quem não estava nascido ou concebido à data do óbito; b) uma corrente intermediária, que admite a sucessão apenas pela via testamentária; e c) uma corrente ampliativa, que, fundada na igualdade constitucional entre os filhos, reconhece ao filho concebido *post mortem* a condição de herdeiro legítimo.

A corrente intermediária encontra apoio no art. 1.799, I, do Código Civil, segundo o qual, na sucessão testamentária, podem ainda ser chamados a suceder "os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão" (Brasil, 2002). Neste caso, a sucessão fica condicionada ao prazo de dois anos após a abertura da sucessão, findo o qual, não concebido o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário do testador (art. 1.800, § 4º). Nessa linha, Diniz (2009, p. 550) aponta que a sucessão somente seria possível por disposição testamentária, ao afirmar que o filho assim concebido "poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento".

Por outro lado, a corrente ampliativa, representada por Gonçalves (2009, p. 58), aponta que todos os filhos são iguais perante a Constituição da República, não se podendo aceitar a hipótese de filho sem direitos sucessórios:

São iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido "concebido na constância do casamento", não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição.

Já Dias (2008, p. 118) afirma que a segurança patrimonial dos demais herdeiros não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer:

A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação.

Mais recentemente, Rufato e Siqueira (2023) sustentam que o filho concebido *post mortem* possui vocação hereditária legítima, em razão do princípio da igualdade entre os filhos, mas advertem para a necessidade de fixação de limites temporais para a concepção, como forma de preservar a segurança jurídica e os direitos dos demais herdeiros.

Assim, é de ressaltar que a filiação deixou de ser baseada apenas nos vínculos biológicos, conferindo tratamento igualitário entre todos os filhos, o que valorizou os vínculos afetivos e sociológicos da filiação. Não pode o ordenamento sobrepor o

patrimônio à dignidade da pessoa, justamente porque não se pode admitir a existência de filho sem direito sucessório, conforme o magistério de Gonçalves (2009, p. 58) anteriormente colacionado.

Dito isso, consignamos que ao julgador é concedida a possibilidade de utilização de critérios para a colmatação de lacunas, tais como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º). Portanto, haveria a possibilidade de o julgador, baseado em critérios analógicos, estender o entendimento do art. 1.799, I, do Código Civil ao filho não contemplado por testamento, justamente porque a regra constitucional da igualdade não admite restrição por meio de norma infraconstitucional.

Na versão original deste estudo, sustentamos, a partir dessas premissas, que o ordenamento conferiria ampla legitimidade à reprodução homóloga *post mortem* e que inexisteriam barreiras ao procedimento. Como se verá na seção seguinte, essa afirmação precisa ser revista diante do entendimento hoje firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5 O CONSENTIMENTO DO FALECIDO E O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1 A regulação deontológica e registral

Na ausência de lei em sentido estrito, a reprodução assistida vem sendo disciplinada por resoluções do Conselho Federal de Medicina. A norma atualmente em vigor, a Resolução CFM nº 2.320/2022, dispõe, em seu item VIII, que "é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente" (Conselho Federal de Medicina, 2022). A mesma resolução determina, no item V, 3, que os pacientes manifestem por escrito, antes da geração dos embriões, sua vontade quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento.

No plano registral, o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça (Provimento CNJ nº 149/2023), que incorporou a disciplina antes prevista no Provimento CNJ nº 63/2017, estabelece que, para o registro de nascimento de filho havido por reprodução assistida *post mortem*, deverá ser apresentado "termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico

preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida" (Brasil, 2023, art. 513, § 2º).

Como se vê, tanto a norma médica quanto a norma registral convergem no mesmo ponto: a reprodução *post mortem* não prescinde de autorização prévia e específica daquele cujo material genético será utilizado.

5.2 O Recurso Especial nº 1.918.421/SP

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou diretamente a questão do consentimento no julgamento do Recurso Especial nº 1.918.421/SP, pela Quarta Turma, em 8 de junho de 2021. O caso envolvia pedido de viúva para implantação de embriões criopreservados, formados com o material genético do marido falecido, com base em cláusula de contrato padrão firmado com o hospital, que previa a custódia dos embriões pelo cônjuge sobrevivente em caso de morte de um dos contratantes. Por maioria, vencidos o relator originário, Ministro Marco Buzzi, e a Ministra Maria Isabel Gallotti, prevaleceu o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que negou a implantação.

A tese foi assim sintetizada no Informativo de Jurisprudência nº 706 do STJ: "a implantação *post mortem* de embriões excedentários só poderá ser realizada mediante autorização expressa e específica disposta em testamento ou documento semelhante" (Brasil, 2021). Entendeu a maioria que decisões de natureza existencial, como a geração de uma vida humana após a morte, exigem manifestação de vontade expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou de instrumento que o valha em formalidade, não bastando cláusula genérica de contrato de adesão. Destacou-se, ainda, que admitir a implantação no caso concreto "significará o rompimento do testamento que fora, de fato, realizado", com alteração do planejamento sucessório original sem quaisquer formalidades (Brasil, 2021).

O julgado tem repercussão direta sobre o objeto deste estudo. De um lado, confirma que a reprodução *post mortem* é juridicamente possível no Brasil, pois o STJ não a vedou, mas apenas a condicionou. De outro, desloca o centro da discussão: o problema não está mais apenas em saber se o filho concebido após a morte herda, mas, antes, em saber se a sua concepção foi validamente autorizada pelo falecido. A autonomia reprodutiva, que tem fundamento no livre planejamento familiar (CF, art. 226, § 7º), pertence também ao genitor falecido, e não pode ser presumida.

Importa registrar que, na pesquisa realizada para esta atualização, não foi localizado precedente do Superior Tribunal de Justiça que tenha enfrentado diretamente a questão da legitimação sucessória do filho concebido *post mortem*, isto é, se ele sucede como herdeiro legítimo, apenas como herdeiro testamentário ou se não sucede. O REsp 1.918.421/SP trata do pressuposto da concepção, e não de seus efeitos sucessórios. A controvérsia sucessória, portanto, permanece em aberto na jurisprudência da Corte, o que reforça a importância das balizas doutrinárias e legislativas aqui examinadas.

6 A PETIÇÃO DE HERANÇA E O TEMA REPETITIVO 1.200 DO STJ

Admitida a vocação hereditária do filho concebido *post mortem*, resta saber como ele pode reclamar o seu quinhão, uma vez que, em regra, o inventário do genitor falecido já terá sido concluído quando do seu nascimento. Sem muito esforço de indagação, a via adequada é a petição de herança, prevista no art. 1.824 do Código Civil:

Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro ou mesmo sem título, a possua (Brasil, 2002).

Não por acaso, o Enunciado nº 267 do CJF, já referido, submete os efeitos patrimoniais da vocação hereditária do embrião às regras da petição de herança. A pretensão, de natureza patrimonial, sujeita-se à prescrição, aplicando-se o prazo geral de dez anos do art. 205 do Código Civil, na falta de prazo específico.

Na versão original deste estudo, sustentamos que, se a legitimação dependesse do prévio reconhecimento da paternidade, o termo inicial da prescrição seria deslocado para o momento desse reconhecimento, e não para a data da abertura da sucessão. Essa conclusão não se sustenta diante do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, a Segunda Seção, no julgamento dos Embargos de Divergência no Agravo em Recurso Especial nº 1.260.418/MG, em 26 de outubro de 2022, pacificou que o prazo prescricional da petição de herança se inicia com a abertura da sucessão, afirmando que, "aberta a sucessão, o herdeiro, independentemente do reconhecimento oficial de tal condição, poderá imediatamente postular seus direitos

hereditários" (Brasil, 2022). Em seguida, no julgamento dos Recursos Especiais nº 2.029.809/MG e nº 2.034.650/SP, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.200), a mesma Seção fixou a seguinte tese:

O prazo prescricional para propor ação de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, cuja fluência não é impedida, suspensa ou interrompida pelo ajuizamento de ação de reconhecimento de filiação, independentemente do seu trânsito em julgado (Brasil, 2024).

A Corte afastou a aplicação da teoria da *actio nata* em sua vertente subjetiva, adotando a vertente objetiva, em coerência com o princípio da *saisine*. Trata-se de precedente qualificado, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais (CPC, art. 927, III).

Há, contudo, um aspecto que merece atenção. O Tema 1.200 cuida da irrelevância da ação de reconhecimento de filiação para a fluência do prazo, mas não afasta as causas legais que impedem a prescrição. Nos termos do art. 198, I, do Código Civil, não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, que, após a Lei nº 13.146/2015, são apenas os menores de dezesseis anos (art. 3º).⁵ Na versão original, havíamos mencionado que o prazo ficaria "interrompido" até a maioridade; tecnicamente, trata-se de causa impeditiva ou suspensiva, e não interruptiva, e o marco atual é o dos dezesseis anos, e não o da maioridade civil.

Assim, em interpretação que se propõe, e que não foi localizada como objeto de pronunciamento específico do STJ, o prazo prescricional da petição de herança, embora tenha como termo inicial a abertura da sucessão, não correria contra o filho concebido *post mortem* enquanto absolutamente incapaz. Essa leitura compatibiliza o Tema 1.200 com a proteção do incapaz, mas evidencia um efeito colateral relevante: os demais herdeiros poderiam permanecer expostos, por longo período, à possibilidade de redivisão da herança. É justamente esse efeito que recomenda a fixação, por lei, de um prazo para a concepção, tal como se verá na seção seguinte.

Por fim, vale lembrar que, no caso do filho concebido com material genético do falecido e com autorização válida, a filiação é presumida por lei (art. 1.597, III e IV), de modo que, em regra, não haverá necessidade de prévia ação investigatória, sendo

⁵ A redação original do art. 3º do Código Civil considerava absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os enfermos e deficientes mentais sem o necessário discernimento e os que não pudessem exprimir sua vontade. Com a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), permaneceram absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos.



o registro de nascimento lavrado mediante a apresentação do termo de autorização exigido pelo art. 513, § 2º, do Provimento CNJ nº 149/2023. Isso facilita a imediata propositura da petição de herança pelo representante legal da criança, providência recomendável diante da orientação firmada no Tema 1.200.

7 PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS: O PROJETO DE LEI Nº 4/2025

O Projeto de Lei nº 4/2025, apresentado ao Senado Federal a partir do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil, propõe disciplinar expressamente a reprodução assistida *post mortem* e os seus efeitos sucessórios.⁶

Segundo o texto originalmente apresentado, conforme descrito por Dias (2024) e por Scalquette (2024), o art. 1.798 passaria a incluir, entre os legitimados a suceder, os filhos do autor da herança gerados por técnica de reprodução humana assistida *post mortem*, desde que nascidos no prazo de cinco anos contados da abertura da sucessão e desde que haja autorização expressa do autor da herança para o uso de seu material criopreservado, por escritura pública ou testamento público. O projeto também prevê, no capítulo dedicado à reprodução assistida, a possibilidade de uso do material genético de pessoa falecida mediante manifestação expressa em documento escrito, vedando-o na ausência de consentimento, ainda que haja manifestação dos familiares em sentido contrário (Scalquette, 2024).

Caso aprovada nesses termos, a proposta confirmaria as duas linhas centrais deste estudo: a vocação hereditária legítima do filho concebido *post mortem*, em reverência à igualdade entre os filhos, e a necessidade de segurança jurídica, por meio da exigência de consentimento formal e da fixação de prazo. Não será de somenos importância destacar, todavia, a divergência entre a forma exigida pelo projeto (escritura pública ou testamento público) e aquela admitida pelo Provimento CNJ nº 149/2023 (instrumento público ou particular com firma reconhecida), ponto que ainda deverá ser harmonizado no curso do processo legislativo.

⁶ Até o fechamento desta pesquisa (setembro de 2026), o Projeto de Lei nº 4/2025 encontrava-se em tramitação no Senado Federal, em exame pela Comissão Temporária constituída para sua análise, sem aprovação em qualquer das Casas do Congresso Nacional. As disposições aqui mencionadas correspondem ao texto originalmente apresentado e podem ser alteradas no curso do processo legislativo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o trabalho foi proposto, levantamos como objetivo demonstrar os limites existentes no direito brasileiro acerca do tema tratado, bem como a possibilidade de se conceder direitos sucessórios ao filho havido por reprodução assistida homóloga *post mortem*, com enfoque especial nos valores da dignidade da pessoa humana estabelecidos na Constituição da República.

As hipóteses de pesquisa confirmaram-se apenas em parte. Confirmou-se que a norma civilista deve ser interpretada à luz da igualdade entre os filhos (CF, art. 227, § 6º) e da liberdade do planejamento familiar (CF, art. 226, § 7º), e que o valor da dignidade da pessoa humana deve prevalecer, no caso concreto, sobre a mera preservação do patrimônio. Deste modo, os filhos havidos por concepção *post mortem* devem ter reconhecidos direitos de família e de sucessões idênticos aos dos herdeiros da mesma classe e do mesmo grau, pois não se pode admitir, em nosso ordenamento, filho sem direito sucessório.

Contudo, a atualização da pesquisa impôs a revisão de duas conclusões da versão original de 2013, que ora se registra expressamente.

A primeira diz respeito à afirmação de que o ordenamento conferiria ampla legitimidade à reprodução homóloga *post mortem* e de que inexistiriam barreiras ao procedimento. À luz do REsp 1.918.421/SP, da Resolução CFM nº 2.320/2022 e do art. 513, § 2º, do Provimento CNJ nº 149/2023, a reprodução *post mortem* é possível, mas depende de autorização prévia, expressa e específica do falecido, manifestada por testamento ou instrumento que o valha em formalidade. Sem esse consentimento, não há sequer como cogitar da filiação presumida e, por consequência, dos direitos sucessórios dela decorrentes. A tutela da igualdade entre os filhos, portanto, pressupõe o respeito à autonomia reprodutiva do genitor falecido.

A segunda diz respeito à petição de herança. Mantém-se a conclusão de que ela é a via adequada para que o filho concebido *post mortem* reclame o seu quinhão. Todavia, não subsiste a afirmação de que o termo inicial da prescrição seria deslocado para o momento do reconhecimento da filiação. Segundo o Tema Repetitivo 1.200 do STJ, o prazo de dez anos conta-se da abertura da sucessão e não é impedido, suspenso ou interrompido pela ação de reconhecimento de filiação. Propõe-se, como interpretação compatível com o precedente, que contra o filho concebido *post mortem* não corra a prescrição enquanto absolutamente incapaz (art. 198, I, do Código Civil),



ressalvando-se que tal leitura ainda não foi objeto de pronunciamento específico da Corte.

Por fim, a ausência de precedente do STJ sobre a legitimação sucessória propriamente dita e a insegurança gerada pela possibilidade de redivisão tardia da herança reforçam a necessidade de disciplina legislativa. A proposta constante do Projeto de Lei nº 4/2025, que reconhece a legitimação sucessória do filho concebido *post mortem* mediante autorização formal e nascimento em até cinco anos da abertura da sucessão, representa caminho equilibrado, por conciliar a igualdade entre os filhos com a segurança jurídica dos demais herdeiros, sem prejuízo dos ajustes que o processo legislativo venha a exigir.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023**. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra). Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF: CNJ, 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4, de 2025**. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Autor: Senador Rodrigo Pacheco. Brasília, DF: Senado Federal, 2025. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>>. Acesso em: 27 set. 2026.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 1.260.418/MG. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira, 26 out. 2022. **Informativo de Jurisprudência nº 757**. Disponível em: <<https://informativos.trilhante.com.br/julgados/stj-segre-do-de-justica-i-info-757>>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 1.183.378/RS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 out. 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 1 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 1.918.421/SP. Relator: Min. Marco Buzzi. Relator para acórdão: Min. Luis Felipe Salomão, 8 jun. 2021. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 26 ago. 2021. **Informativo de Jurisprudência nº 706**. Disponível em: <<https://informativos.trilhante.com.br/julgados/stj-resp-1918421-sp>>. Acesso em: 27 set. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial nº 2.029.809/MG** (Tema Repetitivo 1.200). Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 22 maio 2024. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/20062024-Prescricao-da-peticao-de-heranca-conta-da-abertura-da-sucessao-e-nao-e-interrompida-por-investigacao.aspx>>. Acesso em: 27 set. 2026.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 106**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: CJP, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 27 set. 2026.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 267**. III Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: CJP, 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 27 set. 2026.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 633**. VIII Jornada de Direito Civil. Brasília, DF: CJP, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1170>>. Acesso em: 27 set. 2026.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.358/1992**. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF: CFM, 1992.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.320, de 1º de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 107, 20 set. 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf>. Acesso em: 27 set. 2026.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Reforma Código Civil: direito das sucessões**. [S.l.], 15 abr. 2024. Disponível em: <<https://berenicedias.com.br/reforma-codigo-civil-direito-das-sucessoes/>>. Acesso em: 27 set. 2026.



DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Cleander César da Cunha. **Inseminação artificial heteróloga, a bioética e seus aspectos jurídicos**. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=113>>. Acesso em: 11 out. 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 7.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. Inseminação artificial e filiação. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 20 dez. 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1039/inseminacao_artificial_e_filiacao>. Acesso em: 11 out. 2013.

MIRANDA, Maria Izabel de. Reprodução artificial homóloga *post mortem* e seus reflexos na sucessão hereditária. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jun. 2024. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-jun-07/reproducao-artificial-homologa-post-mortem-e-seus-reflexos-no-ambito-da-sucessao-hereditaria/>>. Acesso em: 27 set. 2026.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RUFATO, Marina Guimarães; SIQUEIRA, Flávia Silveira. A reprodução assistida *post mortem* e o direito sucessório do filho concebido postumamente. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. 28, n. 2, p. 1-22, 2023. DOI: 10.69881/rcaap.v28i2.48151. Disponível em: <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/caap/article/view/48151>>. Acesso em: 27 set. 2026.

SCALQUETTE, Ana Cláudia. Reprodução humana assistida no anteprojeto de reforma do CC. **Migalhas**, [S.l.], 17 dez. 2024. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/reforma-do-codigo-civil/421667/reproducao-humana-assistida-no-anteprojeto-de-reforma-do-cc>>. Acesso em: 27 set. 2026.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero - Serviços Educacionais Ltda.

Whatsapp: (73) 99828-5266

IG: @sentencadozero

<https://sentencadozero.com>