

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

OTÁVIO RIBEIRO COELHO

**AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO**

São Paulo

2022

OTÁVIO RIBEIRO COELHO

**AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO**

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

ORIENTADOR: Prof. Dr. João Batista Lopes

São Paulo

2022

OTÁVIO RIBEIRO COELHO

**AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO**

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

ORIENTADOR: Prof. Dr. João Batista Lopes

Aprovado em \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. João Batista Lopes (Orientador)

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

---

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Arlete Inês Aurelli

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

---

Prof. Dr. Rogério Licastro Torres de Mello

Instituição: Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP)

Ao meu pai, pelo exemplo de vida e despertar  
do senso de justiça.

## AGRADECIMENTOS

Essa dissertação é resultado do trabalho desenvolvido ao longo dos últimos anos, período de grande crescimento pessoal. Houve grande modificação na pessoa que eu era quando do ingresso no programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no ano de 2020, e na pessoa que sou hoje. Dentre os diversos fatores que contribuíram para essa evolução pessoal, certamente as pessoas com quem convivi tem o papel de maior relevo. Em especial agradecimento àquelas que foram imprescindíveis para tudo ter ocorrido da forma como foi.

Aos meus pais, Wanise e Alexandre, que permanecem no contínuo e incondicional apoio pessoal e profissional.

Aos compreensivos e apoiadores colegas do escritório de advocacia, em especial ao querido sócio e amigo Denis Donaire Junior.

Aos queridos professores da PUC São Paulo, em especial ao meu orientador, João Batista Lopes, e às professoras Arlete Inês Aurelli e Cláudia Simardi, integrantes da banca qualificatória.

Aos queridos amigos do programa de mestrado, na especial pessoa da amizade de longa data, em incrível e agradável coincidência de destino, Isabella Urnikes.

Aos incentivadores e amigos processualistas de longa data, que desde os primórdios da graduação sempre impulsionaram nesse projeto em busca do mestrado, Andrea Boari Caraciola e Fernando Luighi de Carvalho Souza Fischer.

*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a  
ella no me salvo yo.*

(José Ortega y Gasset)

## RESUMO

Esta monografia pretende apresentar uma análise e interpretação a respeito do artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil brasileiro, que autoriza a propositura da ação rescisória por violação de norma jurídica. A pesquisa se debruça especificamente na possibilidade do sistema em rescindir uma coisa julgada que tenha violado um princípio jurídico. Para tanto, a dissertação traz exposição da função dos princípios jurídicos no sistema jurídico brasileiro, analisando sua evolução conceitual histórica, desde o sistema do jusnaturalismo até o atual momento pós-positivista, contextualizando a função normativa dos princípios no neoconstitucionalismo contemporâneo. A pesquisa que se apresenta também demonstra a necessária preocupação com a efetividade no processo civil, traçando bases de um processo civil de resultados, preocupado com a transformação social e as peculiaridades fáticas do caso a ser solucionado judicialmente. É exposta a diferença de natureza jurídica entre regras e princípios, e como são solucionados os diferentes conflitos normativos dentro do sistema jurídico. A monografia também expõe estudo analítico conceitual a respeito do instituto da coisa julgada, abordando a sua evolução na história brasileira e suas principais funções jurídicas e políticas, demonstrando a sua matriz constitucional e seu papel no processo civil. A seguir, é demonstrado o instituto da ação rescisória no sistema do processo civil, com exposição conceitual dessa ação e suas bases normativas, com foco na possibilidade de ação rescisória por violação à norma jurídica, contida expressamente no mencionado dispositivo legal do Código de Processo Civil. A partir dessa autorização legal, constrói-se interpretação a fim de autorizar a propositura da ação rescisória por violação de princípio jurídico.

Palavras-chaves: Ação Rescisória. Coisa Julgada. Princípios. Colisão de Princípios. Proporcionalidade.

## ABSTRACT

This monograph intends to present an analysis and interpretation regarding article 966, item V of the Brazilian Civil Procedure Code, which authorizes the filing of a motion (rescissory action) in cases of violation of a legal rule. The research focuses specifically on the possibility of the system file this special motion in cases that the *res judicata* has violated a legal principle. In order to do so, the dissertation brings an exposition of the function of legal principles in the Brazilian legal system, analyzing its historical conceptual evolution, from the system of natural law to the current post-positivist moment, contextualizing the normative function of principles in contemporary neoconstitutionalism. The research also demonstrates the necessary concern of effectiveness in the civil process, outlining the bases of a civil process of results, concerned with social transformation and the factual peculiarities of the case to be judicially resolved. The difference in legal nature between rules and principles is exposed, and how the different normative conflicts within the legal system are resolved. The monograph also exposes a conceptual analytical study about the institute of *res judicata*, approaching its evolution in Brazilian history and its main legal and political functions, demonstrating its constitutional matrix and its role in the civil process. Also, the monograph presents the institute of rescissory action in the civil procedure system, with a conceptual exposition of this action and its normative bases, focusing on the possibility of rescissory action for violation of the legal rule, expressly contained in the aforementioned legal provision of the Code of Civil Procedure . From this legal authorization, an interpretation is constructed in order to authorize the filing of the rescission action for violation of legal principle.

Keywords: Rescissory Action. *Res Judicata*. Principles. Collision of Principles. Proportionality.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 12  |
| <b>1. CARÁTER SISTÊMICO DO DIREITO: O SISTEMA JURÍDICO</b> .....                     | 15  |
| 1.2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL .....                                  | 23  |
| <b>1.2.1. Hermenêutica e Interpretação Jurídica</b> .....                            | 24  |
| <b>1.2.2 Método Sistemático-Integrativo-Teleológico</b> .....                        | 33  |
| <b>1.2.3 A Constitucionalização Do Processo Civil</b> .....                          | 39  |
| 1.3 PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO<br>PROCESSO .....      | 48  |
| <b>2. PRINCÍPIOS COMO NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO</b> .....                           | 56  |
| 2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO E NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO .....                          | 58  |
| <b>2.1.1 Transição do Jusnaturalismo para o Juspositivismo</b> .....                 | 58  |
| <b>2.1.2 Pós-Positivismo e surgimento do Neoconstitucionalismo</b> .....             | 71  |
| <b>2.1.3 A força normativa dos princípios jurídicos</b> .....                        | 81  |
| <b>2.1.4 Princípios e regras e suas correlações enquanto normas jurídicas</b> .....  | 85  |
| <b>3. SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA</b> .....                                   | 100 |
| 3.1 HISTÓRICO BRASILEIRO .....   | 100 |
| <b>3.1.1 Especificamente o histórico brasileiro do processo civil</b> .....          | 103 |
| 3.2 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA .....                     | 106 |
| 3.3 COISA JULGADA COMO EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA .....                         | 111 |
| 3.4 COISA JULGADA: CONCEITO .....  | 115 |
| <b>3.4.1 As lições italianas sobre coisa julgada</b> .....                           | 117 |
| <b>3.4.2 Coisa julgada na doutrina brasileira</b> .....                              | 120 |
| 3.4.2.1 Coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença .....                   | 121 |
| 3.4.2.2 Coisa julgada como situação jurídica .....                                   | 124 |
| 3.4.2.3 Coisa julgada como efeito declaratório da sentença .....                     | 127 |
| 3.5 ATRIBUTOS DA COISA JULGADA .....   | 129 |
| <b>3.5.1 Indiscutibilidade, imutabilidade, coisa julgada formal e material</b> ..... | 131 |
| <b>3.5.2 Especificamente a função negativa da coisa julgada</b> .....                | 135 |
| <b>4. AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO</b> .....                            | 137 |
| 4.1 AÇÃO RESCISÓRIA .....  | 139 |
| <b>4.1.1 Brevíssimo histórico sobre a ação rescisória</b> .....                      | 139 |
| 4.1.1.1. Ação rescisória em outros países .....                                      | 141 |

|  |            |
|--|------------|
| 4.1.1.2. Especificamente o histórico da ação rescisória no Brasil..... | 145        |
| <b>4.1.2 Conceito e cabimento .....</b>                                | <b>149</b> |
| <b>4.1.3 Procedimento de Julgamento da Ação Rescisória.....</b>        | <b>154</b> |
| 4.2 RESCISÃO DA COISA JULGADA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO .....          | 157        |
| 4.2.1 . Artigo 966, inciso V: “norma jurídica” .....                   | 161        |
| 4.2.2. Artigo 966, inciso V: “violar manifestamente” .....             | 165        |
| 4.2.3. Os enunciados de Súmula números 343 e 400 do STF .....          | 172        |
| 4.2.4. Solução do conflito entre princípios jurídicos.....             | 180        |
| 4.2.5. O conteúdo jurídico da máxima da proporcionalidade.....         | 197        |
| <b>5. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS VIA AÇÃO RESCISÓRIA .....</b>             | <b>211</b> |
| 5.1 EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO .....                   | 211        |
| 5.2 AÇÃO RESCISÓRIA À SERVIÇO DA EFETIVIDADE .....                     | 221        |
| 5.3 A QUARTA DIMENSÃO DO DIREITO.....                                  | 227        |
| <b>5.3.1 Breves noções do conceito de Justiça .....</b>                | <b>231</b> |
| 5.4 A AMPLIAÇÃO DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA .....                  | 239        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>242</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>249</b> |

## LISTA DE ABREVIATURAS

|        |  |
|--------|--|
| ADIN   | Ação declaratória de inconstitucionalidade                       |
| ADPF   | Arguição de descumprimento de preceito fundamental               |
| CC/02  | Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02)                             |
| CF/88  | Constituição Federal de 1988                                     |
| CPC-39 | Código de Processo Civil de 1939                                 |
| CPC-73 | Código de Processo Civil de 1973                                 |
| LINDB  | Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/42) |
| CPC    | Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15)                 |
| PUC-SP | Pontifícia Universidade Católica de São Paulo                    |
| RE     | Recurso Extraordinário   |
| RESP   | Recurso Especial   |
| STF    | Supremo Tribunal Federal   |
| STJ    | Superior Tribunal de Justiça                                     |
| TJSP   | Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo                       |
| TRF    | Tribunal Regional Federal  |
| USP    | Universidade de São Paulo  |

## INTRODUÇÃO

O Direito surge como instrumento imprescindível do Estado para criação e manutenção de um cenário de ordem e paz social, balizando os divergentes anseios individuais para que possam coexistir concomitantemente, de modo equânime e justo, buscando a concretização da Justiça e da Equidade.

O processo surge como instrumento do sistema jurídico com vistas a dar concretude, efetividade, à norma jurídica.

A fim de lograr êxito em sua principal função, o Direito lança mão de um instituto processual fundamental para estabilização social: a coisa julgada. Busca alcançar a segurança jurídica, com a consequente estabilidade da realidade social.

O Direito não se preocupa tão somente com a estabilidade social, mas também – senão principalmente – com a precípua função da realização da Justiça, por meio da concretização das normas substanciais à luz do caso concreto de sua aplicação.

O Direito consiste em um sistema de normas jurídicas, que mutuamente se interrelacionam de forma ordenada, com inter-relacionamento com fatos e valores, tendo por objetivo a efetivação da justiça. Em sua efetivação, o Direito deve considerar as múltiplas normas que o compõe, interpretando o sistema de forma a culminar naquela interpretação e aplicação jurídica, ponderando os conflitos internos sistêmicos, a fim de garantir a manutenção de sua coesão, coerência e unidade.

Como um dos instrumentos do Direito para desenvolvimento de seu escopo, surge o processo civil: trata-se de método de aplicação do Direito, por meio do qual ele se desenvolve e se efetiva em aplicabilidade. Uma das vias de efetividade e eficácia das normas jurídicas, de expressão do complexo normativo do sistema jurídico é, pois, o processo civil.

Dentro desse papel desempenhado pelo Direito, da função social do direito, da pacificação de litígios, surgem situações em que a estabilização é realizada em descompasso às próprias normas do sistema jurídico. Isto é, casos em que a coisa julgada se formou de modo viciada, equivocada na aplicação das normas jurídicas.

A manutenção da coisa julgada formada de forma equivocada, em desprestígio a determinada norma jurídica – em especial, em violação inadequada a determinado princípio jurídico – é nociva ao sistema do Direito, prejudicando sua coerência e coesão.

Esta decisão, e sobre a proteção da coisa julgada, termina por surtir efeitos práticos, com efetividade; com intensificação de sua nocividade, para além do sistema jurídico, ao sistema social, da própria sociedade em que o Direito se encontra inserto, prejudicando seus sujeitos.

Tem-se, por fim, uma decisão indevida, ilegal, que se encontra desamparada do sistema jurídico, que surte seus plenos efeitos e causa modificações na realidade, na sociedade, e nos sujeitos destinatários. E esta ilegalidade protegida pela coisa julgada, com vedação, em tese, a sua rediscussão e alteração, com verdadeira imutabilidade desses nocivos efeitos.

Para soluções desses casos, no processo civil, o próprio sistema estabeleceu um remédio: a excepcional via da ação rescisória.

Este próprio remédio tem gênese no pressuposto da falibilidade do Direito e seus operadores.

A presente monografia trata da utilização desse remédio, da ação rescisória, em casos de violação a princípio dentro de um modelo constitucional de processo, concebendo o instituto da coisa julgada como mero regramento infraconstitucional do princípio da segurança jurídica. A rescisão da coisa julgada, ocorrida dentro da ação rescisória, é, portanto, fundamentada dentro de uma perspectiva de colisão constitucional de princípios.

Por isso, é possível dividir o presente trabalho em duas partes.

Uma primeira, destinada à criação de um modelo interpretativo do direito, com análise de bases hermenêuticas, com a utilização de princípios e técnicas para formação de um modelo constitucional de processo, analisando, brevemente, a transição do modelo jusnaturalista para o juspositivista de validação do sistema jurídico, bem como o posterior surgimento do neoconstitucionalismo pós-positivista, que trouxe profundas alterações de ordem interpretativa do direito.

Os princípios jurídicos no sistema desenvolvem importantíssimo papel de interpretação das normas, de modo a conferir coesão e coerência ao sistema jurídico,

mantendo-se a sua unidade. Para além dessa função, os princípios são normas jurídicas, passíveis de aplicação direta para solução da problemática da decidibilidade e pacificação do litígio posto a solução.

Com o presente trabalho, sobretudo nesta primeira parte, busca-se sedimentar a função normativa dos princípios no Direito; princípios enquanto normas jurídicas insertas em um sistema. E todo este sistema submetido a um sistema maior, da constitucionalidade; o modelo constitucional do processo civil.

Posteriormente, na segunda parte da monografia, o estudo do instituto da coisa julgada, com retrospecto histórico do instituto no ordenamento brasileiro, e suas funções desempenhadas no sistema jurídico e social. Nessa parte, é traçado um paralelo constitucional e uma abordagem da regra da coisa julgada enquanto expressão do princípio da segurança jurídica.

Por fim, na terceira parte da monografia, aborda-se o instituto da ação rescisória no processo civil, focando-se, após análise histórica do instituto e principais notas caracterizadoras dessa ação judicial e seu funcionamento, na hipótese de rescisão da coisa julgada prevista no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil: violação manifesta à norma jurídica.

Assim, é estudado como afastar a coisa julgada através de uma perspectiva de colisão constitucional, dentro do ambiente do remédio da ação rescisória, utilizando-se do modelo interpretativo construído na primeira parte, tudo em prol da efetividade das normas jurídicas e com vistas à adequada tutela jurisdicional.

Ao final, demonstra-se como a ação rescisória é um instrumento de efetividade do processo, contribuindo para uma adequada tutela jurisdicional e o correto acesso à ordem jurídica justa, sem configurar-se obstáculo à razoável duração do processo.

Em outras palavras: a primeira parte da monografia objetiva a compreensão do modelo constitucional de processo; enquanto a segunda e a terceira, a desconstituição da coisa julgada por violação de princípio jurídico dentro desse modelo, via ação rescisória.

Daí porque o trabalho não pode ser lido de forma estanque: é mister a sedimentação dos conceitos e da hermenêutica desenvolvida ao longo da parte inicial para que se embase a teoria e conclusão concebida nos termos das partes finais.

## 1. CARÁTER SISTÊMICO DO DIREITO: O SISTEMA JURÍDICO

Cai a lançar uma brevíssima nota acerca do caráter sistêmico do Direito, para compreensão do tema aqui desenvolvido nesta monografia.

É comum a utilização do termo *ordenamento* jurídico para referência ao Direito. Ordenamento e sistema, todavia, não são unívocos conceituais.

Na célebre concepção de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além, de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos [...] Um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não normativos (repertório) guardam relações entre si.<sup>1</sup>

A característica de um conjunto enquanto sistema importa não apenas na mera reunião ou somatória de elementos, mas sim em um ordenamento orgânico de elementos. No Direito, tais elementos são as normas, fatos e valores, na esteira da teoria tridimensional do Direito.

O caráter sistêmico de um conjunto exige: unidade, coerência, interação e organização. Os elementos não são simplesmente agrupados, mas vinculam-se a uma ideia comum, de forma não conflitante, com recíproca troca de influências entre eles, de forma organizada de modo a ter por escopo o atingimento ao fim pelo sistema proposto; isto na exata linha que defende João Batista Lopes.<sup>2</sup>

Sistema, é, portanto, um conjunto de objetos (elementos do sistema) e seus atributos (repertório do sistema), mais as relações entre eles conforme determinadas regras (estruturas do sistema). Tais relações devem conferir coesão, coerência e unidade ao sistema; isto como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>3</sup>

O sistema, assim, é uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr. O sistema se coloca a analisar a

---

<sup>1</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 139-140

<sup>2</sup> LOPES, João Batista. Sistema, Sistema Processual. O CPC como um dos elementos do sistema processual. In: LOPES, João Batista; e ASSIS, Carlos Augusto de. *Tutela Provisória*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2018.

<sup>3</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 140

normatividade jurídica existente e sua validade, à luz do conjunto de elementos do próprio sistema. Serve o sistema para traçar os contornos razoavelmente precisos, os limites que permitem a identificação do que está dentro dele, do que pode entrar nele, o que deve sair dele, e o que deve permanecer fora dele.<sup>4</sup>

Maria Elizabeth de Castro Lopes e Joao Batista Lopes, partindo das concepções de Wastlawick, Beavin e Jackson, pontuam, segundo esses últimos, as notas que caracterizam um sistema:

a) globalidade, na medida em que o sistema é um conjunto complexo formado de elementos que devem comportar-se harmonicamente; b) não-somatividade, no sentido de que não constitui simples somatória das partes o que comprometeria o próprio sentido de conjunto; c) interação, ou seja, a troca de influências entre seus elementos; d) retroalimentação: processo pelo qual se produzem alterações no sistema decorrentes das respostas à ação do próprio sistema<sup>5</sup>

O sistema consiste na composição de elementos de forma harmônica, como ensina, também, Geraldo Ataliba:

O caráter orgânico das realidades dos componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.<sup>6</sup>

Hans Kelsen, positivista, sempre defendeu o caráter sistêmico do Direito. Para o autor, todo o sistema jurídico deriva da denominada norma hipotética fundamental, pressuposta do próprio sistema, e além de qualquer discussão acerca de sua validade; não se submeteria ela, a qualquer outra norma ou princípio, senão uma condição pressupostas *sine qua non* ao sistema jurídico:

O sistema jurídico se apresenta assim como um universo de qualificação normativa, cuja coerência e unidade é estabelecida pelas relações formais da sua produção, indiferente como dever-ser relativamente às instâncias materiais próprias do ser; um universo que mantém a separação e deriva a autonomia do seu interior, da raiz hipotético-relativa pela qual rege-se sua estrutura<sup>7</sup>

<sup>4</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*.. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 141

<sup>5</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Reformas Setoriais, Harmonia do Sistema Normativo e Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Volume 162. Ago 2008. P. 87-93

<sup>6</sup> ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. P. 4

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

O que pretendeu Kelsen foi a justificação teórica de um sistema positivista do Direito, extirpando discussões a respeito da validade das normas jurídicas, em prol da garantia de um carácter científico do Direito. Por isto Kelsen repudia discussão axiológica acerca da validade normativa, que, segundo o autor, se encontra validada em razão de derivar da própria norma hipotética fundamental; e do próprio direito positivo.

Kelsen concebia um sistema estático de normas, pautado na estrutura ou matéria normada, prescindindo o processo contínuo de formação, atuação e alteração e extinção das normas (o sistema dinâmico).<sup>8</sup>

Em que pese a superação deste modelo positivista, como se viu anteriormente nesta monografia, insta observar que os caracteres de um modelo sistêmico do Direito permanecem: a necessária coerência e unidade.

O pós-positivismo não repudia totalmente as concepções de Kelsen e, muito menos, o carácter sistêmico do Direito. O que é modificado é a validação das normas, não mais na norma hipotética fundamental; mas em normas que derivam da própria Justiça e da sociedade, seus valores, expressos em princípios.

Niklas Luhmann parte do pressuposto que o indivíduo não pode ser analisado aprioristicamente, e tampouco a sociedade ser compreendida como mero objeto, como aglomerado de pessoas em limitação territorial. A sociedade, para Luhmann, é sistema de comunicação, com autocomunicação interna, de forma circular. E, assim, a sociedade está em constante evolução.<sup>9</sup>

O sistema, assim, opera com estruturas que ele mesmo construiu internamente.

Para Luhmann, qualquer sistema social, como a sociedade, é caracterizado pela comunicação; comunicação compreendida como procedimento para atribuição de sentido.

O sistema, portanto, é mutuamente influenciado (autorreferenciado), com os seus elementos constantemente se interrelacionando de forma interdependente.

---

<sup>8</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 101; e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. P. 72-73

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. *Por que uma "Teoria dos Sistemas"?* In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Evam Machado B. (coord.). *Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Goethem Institut, 1997. p. 41.

O Direito, para Luhmann, assim como a própria sociedade, é também um sistema autopoietico: que por si só cria e produz seu significado, por meio da constante comunicação e auto referência. Autopoiese deriva do grego; de modo que a origem de *autós* é no significado de “por si próprio” e *poiesis* no significado de “criação, produção”. Literalmente, significa, destarte, autoprodução.<sup>10</sup>

A Teoria dos Sistemas de Luhmann, com utilização da autopoiese no campo do Direito, visa solucionar o principal problema do Direito, de delimitação de seus limites e confrontos, sem impedir a própria capacidade de atualização e inclusão interna de elementos e mudanças.

Em suma, o direito como organismo vivo é capaz de produzir-se e de sobreviver mudando a si mesmo de modo autônomo para ser sempre mais adaptado a desenvolver a própria tarefa numa sociedade que muda. [...] Conceitualmente, o direito autopoietico apresenta-se como superação de uma conexão hierárquica do ordenamento jurídico que autoritariamente atribui limites às suas possibilidades de mudanças (e numa perspectiva hierárquica só pode mudar as normas se tal mudança permanecer entre os limites postos pelas normas superiores). Para tutelar a própria capacidade autônoma de mudança, o sistema jurídico de fato adota uma perspectiva cíclica, baseada em uma contínua mutação de informações entre todos os elementos do ordenamento jurídico e seu ambiente [...] Como é cediço, os subsistemas (sistemas parciais) são voltados a funções específicas que se renovam continuamente. Por exemplo, para o sistema jurídico, a principal função – a manutenção da generalização das expectativas normativas integradas socialmente ao longo do tempo – é identificada ciclicamente, traduzindo uma série de fases funcionais entre as suas conexões (estabilização, seleção, variação, restabilização), que caracterizam as modalidades de reações do sistema ao ambiente.<sup>11</sup>

Herbert Hart, em sua obra *O Conceito do Direito*, já defendia que, em razão da textura abertura da linguagem, há uma textura aberta do Direito, de modo que o sistema jurídico deve ser compreendido como um sistema aberto e auto-referente<sup>12</sup>.

Em síntese, para sobrevivência do Direito enquanto sistema, ele se atualiza e modifica constantemente. Isso se dá por meio da interpretação e hermenêutica de seus elementos internos; e aí, a importância de princípios compõem o sistema jurídico, eis que, enquanto cláusulas abertas e dotados de abstração de significado, permitem o constante atualizar do próprio sistema jurídico.

<sup>10</sup> FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Autopoiese*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. 1ª edição. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>> Acesso em 21.03.2021

<sup>11</sup> FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Autopoiese*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. 1ª edição. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>> Acesso em 21.03.2021

<sup>12</sup> HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Os sistemas sociais, como o Direito, desenvolvem, como mecanismo de estabilização, os núcleos significativos, que consistem em “centros integradores de sentido que conferem à variedade certa unidade aceitável para as interações sociais”<sup>13</sup>, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr, citando Luhmann. O próprio Tércio sustenta que a complexidade da sociedade exige núcleos significativos abstratos para cumprimento desta função.<sup>14</sup> Esses sistemas, como o jurídico, que detém alta mobilidade, devem permitir, de algum modo, alguma forma de estabilidade na mudança.<sup>15</sup>

Estes centros integradores de sentido, que permitem a flexibilização do conteúdo normativo, sem perda do caráter de unidade sistêmica do Direito, para nós, são compostos dos princípios jurídicos.

Os princípios permitem a constante atualização do Direito enquanto sistema. A interpretação dos princípios – ou, até mesmo, a consideração de determinado valor da sociedade como princípio, dotado de normatividade – permitem que o Direito permaneça vivo frente às mudanças, em constante autoatualização.

Assim, a consideração do Direito enquanto sistema, especificamente como sistema autopoiético, importa em compreender o Direito enquanto sistema possível de sobreviver frente à sociedade e à realidade e suas alterações, por meio de auto-observação e autoconsciência.

Norma jurídica também é vista como comunicação do sistema jurídico, como faz Tércio Sampaio Ferraz Jr. É por meio da norma que há comunicação do sistema jurídico.

Norberto Bobbio em sua clássica obra define Direito justamente como ordenamento normativo<sup>16</sup>. Para o autor, ordenamento jurídico é um conjunto de normas, formado através de uma única condição: que existam pelo menos mais de uma norma.<sup>17</sup> No ordenamento formado por mais de uma norma, surgem problemas: a necessidade da unidade

---

<sup>13</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*.. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 82

<sup>14</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*.. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 82

<sup>15</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*.. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 73 e 158

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. P. 31

dessas normas; a constituição de um sistema entre elas; a completude deste ordenamento; as relações entre os diferentes ordenamentos humanos.<sup>18</sup>

Para Bobbio, o ordenamento jurídico deve constituir uma “unidade sistemática”, com coerência. O autor compreende sistema como:

“uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõe estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação”<sup>19</sup>

Para o autor, há três acepções de Direito enquanto sistema. Bobbio denomina de “sistema dedutivo” a acepção que o ordenamento jurídico é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento derivam de alguns princípios gerais (princípios gerais do Direito). Tal concepção de sistema está diretamente ligada ao jusnaturalismo, como se viu anteriormente nesta monografia. Uma outra concepção de sistema jurídico seria a acepção do Direito Moderno: um sistema indutivo, por meio do qual, a partir das normas e suas interpretações jurisprudenciais, se alcançam conceitos gerais, classificações e divisões jurídicas. Por fim, Bobbio identifica uma terceira acepção de sistema jurídico: sistema enquanto compatibilidade, de forma que não podem coexistir em um sistema normas incompatíveis.<sup>20</sup>

Da análise dessas lições, de Bobbio, Tércio e Luhmann, podemos extrair algumas conclusões relevantes ao Direito.

O Direito é um ordenamento de elementos de forma sistemática; o Direito é visto como um sistema de normas jurídicas. Este sistema é auto-referente e está em constante inter-relação com outros sistemas sociais, como a própria sociedade. O sistema jurídico, assim, influencia e é influenciado pela sociedade, pela realidade.

O caráter sistêmico do Direito traz a necessária compreensão que os seus elementos são ordenados de forma a se influenciarem mutuamente, dentro de uma estrutura

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995 31-35

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995 P. 71

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. P. 77-82

interna organizada (autopoiese) e pautado pela coesão, pela coerência, pela completude, pela unidade.

E tal sistema se coloca para solucionar a problemática da decidibilidade do Direito: a interpretação e aplicação da norma (elemento) em determinado fato (elemento), à luz de sua relação com a Justiça (valor), para pacificação social.

Em todo sistema, há elementos interligados por estruturas de regras, que unem os elementos e norteiam o seu funcionamento. Compreender Direito enquanto sistema é conferir essa abordagem metodológica para compreensão de seu funcionamento e sua relação com demais subsistemas sociais, como o subsistema político e o subsistema econômico.<sup>21</sup>

Como se consignou, os elementos do sistema jurídico são os da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale: fato, valor e norma. Onde quer que se exerça o sistema jurídico, haverá um fato como condição de conduta entre sujeitos, haverá o valor como intuição principal que avaliará o fato; e haverá a norma como medida entre o valor no plano da conduta.<sup>22</sup>

Nas palavras de Miguel Reale:

onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;<sup>23</sup>

Há uma correlação interdependente e unitária (sistema) entre fato, valor e norma, que compõe a estrutura social axiológico-normativa do Direito.

E tais elementos do sistema jurídico, podem ser compreendidos da seguinte forma, ainda nas exatas palavras de Miguel Reale:

Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como

---

<sup>21</sup> AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. A Constituição no Sistema Jurídico Brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais*. Vol 1 Mai 2011.

<sup>22</sup> GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. *Tridimensional do Direito, Teoria*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria> Acesso em 21.03.2021

<sup>23</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)<sup>24</sup>

Assim, o Direito, em sua manifestação, deve considerar, para além da própria norma jurídica, o aspecto fático da realidade em que é exercido e o próprio valor da Justiça que busca alcançar – sistema jurídico é ordenamento finalístico, em prol da Justiça.

Nesta ordem de ideias, não se pode conceber uma decisão judicial ou qualquer outra aplicação do Direito que desrespeite o próprio caráter sistêmico do Direito. Não pode ser permitido que uma norma jurídica, ao ser aplicada, ao efetivamente surgir seus efeitos na esfera da eficácia, viole outra norma jurídica. Isto viola o sistema.

Como já registrado em outra oportunidade:

Portanto, cada elemento do sistema, bem como cada subsistema jurídico, deve ser interpretado não apenas em si mesmo considerado, mas à luz do contexto sistêmico maior que está inserido, o sistema jurídico; considerando as suas mútuas e constantes correlações com os demais elementos e subsistemas.<sup>25</sup>

Enquanto sistema, o sistema jurídico não comporta elementos relacionalmente inválidos. Essa interrelação entre elementos há de ser válida, com respeito às regras estruturais do sistema.

As normas jurídicas devem ter coerência entre si; a manifestação do Direito – do sistema jurídico – deve ser coerência e unitária. E esta solução é interna (autopoiese), de acordo com as próprias regras de estrutura do Direito.

---

<sup>24</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>25</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

## 1.2 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO CIVIL

Aos adeptos do jusnaturalismo, o convencimento da necessidade da interpretação constitucional do processo se dá por meio de um argumento chave daqueles pensadores: procedimento de reflexão com a dilação necessária a fim de atingir o âmago do correto – que, no caso, é o valor expresso na Constituição (pós-positivismo constitucional); e não algum valor metafísico, conforme pretendiam aquelas correntes.

Para os amantes do juspositivismo de Hans Kelsen, o argumento da pirâmide normativa parece satisfazer bem o tema: há necessidade do processo civil amoldar-se à Constituição porquanto esta última é hierarquicamente superior às normas jurídicas que disciplinam o processo.

Aos pós-positivistas a justificativa precisa ser estendida: o respeito às normas constitucionais deriva da função do processo civil, em prol da efetividade do mesmo em vistas à concretização de resultados, com efetividade do direito e pacificação social. É essa linha de raciocínio que se seguirá nas páginas que seguem.

Sob qualquer ótica, parece imprescindível a indissociabilidade entre processo e Constituição.

O Direito Processual é um subsistema do Direito. Como sistema, também é um ordenamento de elementos com unidade, coerência, coesão, mútua influência, organização, e que objetiva um fim específico. Como ensina Miguel Reale:

O Direito Processual objetiva, pois, o sistema de princípios e regras, mediante os quais se obtém e se realiza a prestação jurisdicional do Estado necessária à solução dos conflitos de interesses surgidos entre particulares, ou entre estes e o próprio Estado.<sup>26</sup>

O Direito Processual é subsistema do sistema Direito. Há de ser interpretado como sistema incluído neste. E dentro do sistema do Direito, as operações estruturais, como a interpretação, é orientada pela estrutura da Constituição. Isto deriva do que vimos até agora, sobretudo a partir da conjugação das lições de Reale, Luhmann, Tércio e Bobbio.

Neste cenário, e a partir de uma interpretação sistêmica do Direito, aliada a sempre necessária concepção finalística do Direito (a interpretação teleológica), surge o denominado modelo constitucional de processo civil – a interpretação do processo civil e seus institutos como subsistema do sistema jurídico, estruturado pela Constituição.

---

<sup>26</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

### 1.2.1. Hermenêutica e Interpretação Jurídica

A função contemporânea do direito, ou, em melhor termo, sua legitimidade social<sup>27</sup>, consiste na aproximação das normas jurídicas à realidade social em que seus destinatários estão inseridos. E o papel da hermenêutica é justamente efetivar essa aproximação.<sup>28</sup>

A hermenêutica jurídica surge como um instrumento à função do Direito enquanto ciência: decidibilidade.<sup>29</sup> Isto é, o objeto da ciência do direito é a solução material da celeuma através de uma imputação normativa, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior.<sup>30</sup>

O vocábulo interpretação advém do latim *interpretare*, com sentido de penetrar mais adentro. O vocábulo era utilizado como referência a prática antiga de feiticeiros que introduziam suas mãos em animais mortos para prever o futuro e obter respostas às problemáticas humanas. É nesse contexto que a palavra interpretação surge com sentido de extração de algo (sentido) que está dentro de alguma coisa (norma).<sup>31</sup>

No sentido mais comum, interpretar é explicar ou aclarar o significado de algo. Consiste no procedimento de explanação do que as coisas querem dizer ou sua representação.<sup>32</sup>

Assim, interpretar uma norma é atribuir um significado a ela. Consiste em conhecer a consistência da norma, o seu significado, as suas finalidades, as razões de seu surgimento. Em síntese, consiste em definir o pensamento inserto na norma, de modo a extrair

---

<sup>27</sup> Essa função contemporânea do direito é, em verdade, a “legitimidade social do direito”, que consiste justamente na “aproximação das práticas e normas jurídicas à realidade social que permeia os destinatários dessas mesmas normas”, tendo por norte as metas estabelecidas na Constituição Federal. (GERSON, Fernando. *A legitimação social do direito*. Caxias do Sul: Educs, 2014. P. 113)

<sup>28</sup> Esse entendimento não é pacífico entre os autores. Para o magistrado carioca Paulo Nader a hermenêutica não dispõe de recursos para aproximar o direito positivo da realidade social, se limitando a mera orientação interpretativa (NADER, Paulo. O ordenamento jurídico e as transformações sociais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, volume 1, out-dez 2014). Contrariamente: otimista é a visão de Plauto Faraco de Azevedo, para quem a tópica, a retórica, a lógica, a razoabilidade, é que devem dar os instrumentos necessários para a hermenêutica cumprir seu papel de aproximar a norma da realidade social. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 51)

<sup>29</sup> “De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais, o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma função prática;” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68)

<sup>30</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 89

<sup>31</sup> FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009. P. 73

<sup>32</sup> GARCIA, Maria. Interpretação da Constituição e a Lei da Ficha Limpa. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol 78, jan-mar 2012.

o seu conteúdo intrínseco, visando uma aplicação exata. Para além de investigar o sentido da lei, o significado das normas jurídicas ou seu conteúdo, ou, ainda, o pensamento que anima as palavras ou a percepção normativa, ou, ainda, revelar o sentido da lei, a interpretação do texto é esta definição do conteúdo na norma.<sup>33</sup>

Por mais claro que seja um enunciado normativo, ele por si próprio não exaure e não transparece os seus fins. Todos os enunciados são suscetíveis de interpretação, até mesmo o enunciado reputado como *claro*.<sup>34</sup>

Nenhum texto normativo traz a norma pronta e acabada em si mesmo, pronta para ser aplicada de forma meramente silogística e mecânica. O conteúdo normativo deve ser extraído do texto, por meio do processo de interpretação. Neste ponto, qualquer intérprete, ao realizar tal extração, está, ao construir o significado da norma jurídica, construindo a norma, construindo o Direito.

É a lição de André Franco Montoro, para quem “interpretar é fixar o verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica”, enquanto “hermenêutica, em sentido técnico, é a teoria científica da interpretação”<sup>35</sup>.

A hermenêutica tem por objeto, como já citado, o fato social e não exclusivamente o Direito – a teoria tridimensional do Direito, exposta anteriormente por Reale, considera, para além da norma jurídica, o fato social e seu valor. Consiste na interpretação fática para somente então partir à investigação normativa de incidência (subsunção), tendo por escopo norteador a aproximação da letra normativa à realidade social de inserção de seus destinatários. Realiza o estudo dos diferentes métodos interpretativos.

É justamente o que Inocêncio Mártires Coelho termina por concluir ao buscar delimitar o conceito de hermenêutica:

a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido – tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.

[...]

não se pode interpretar nenhum texto jurídico senão colocando-o em relação com seus problemas jurídicos concretos – reais ou imaginários -, com soluções que se

---

<sup>33</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Interpretação no Direito em geral. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out 2010.

<sup>34</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Interpretação no Direito em geral. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out 2010.

<sup>35</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 422

procuram para os casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a sua função de regular situações concretas<sup>36</sup>.

Também é nessa esteira a lição clássica de Carlos Maximiliano:

A hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. [...] É a tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito.<sup>37</sup>

Na definição de Vicent Ráo:

a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam.<sup>38</sup>

Lenio Luiz Streck deslinda que a função da hermenêutica jurídica é não apenas a compreensão do Direito, mas sim recuperar o “sentido-possível-de-um-determinado-texto” e não verdadeiramente reconstruindo um texto normativo. Para o autor, a hermenêutica não se preza unicamente na compreensão do fenômeno jurídico – mas em uma adequação de sentido normativo à concreta e hodierna situação de fato.<sup>39</sup>

O que deve ser ponderado, todavia, como será aprofundado em capítulo próprio dessa monografia, é que norma e texto não se confundem: o texto é (importante) parâmetro limitador que guiará o processo de interpretação na construção da norma. O enunciado normativo, contudo, poderá ensejar diferentes normas, advindas de variados processos interpretativos – e aqui, haverá necessidade de posterior unificação da interpretação, papel constitucional das cortes superiores, como, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Nessa ordem de ideias, é necessário reconhecer que, abstratamente, não é possível uma única resposta correta ao problema que se coloca à interpretação jurídica – ao menos que se conceba a tese de Ronald Dworkin de modo que a “resposta correta” seja a resposta pacificada de interpretação pelo Poder Judiciário.

<sup>36</sup> (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, P. 55-56

<sup>37</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 1

<sup>38</sup> RAO, Vicent. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952; P; 542

<sup>39</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 230

Ronald Dworkin desenvolveu tese de que o raciocínio jurídico, calcado no raciocínio prático, seria capaz de alcançar uma única resposta correta, para solução do problema, de modo que o raciocínio jurídico-prático seria capaz de resolver todos os casos, inclusive difíceis, com entrega de uma, e somente uma, resposta insuperavelmente correta (*one-right-answer*)<sup>40</sup>.

A hermenêutica reside verdadeiramente em uma racionalidade de construção da decisão: investigação preliminar da norma, previsão de seus efeitos – consequências – sociais e atualização significativa; para então somente chegar-se a conclusão de qual norma jurídica – e como – deve ser aplicada diante do conflito social concreto. Daí porque a interpretação é concomitante à aplicação do Direito; e não posterior, como mero instrumento de desoneração do dever de fundamentação da decisão.

Ora, hermenêutica é a sistematização do processo – de interpretação – que levará o intérprete do direito à melhor solução jurídica à celeuma apresentada. Trata-se de uma metodologia investigativa que se preocupa com a aplicação do Direito (a aplicação da norma jurídica) e suas consequências em determinado caso – a Teoria Tridimensional do Direito.

O vocábulo “hermenêutica” tem origem etimológica no personagem mítico Hermes da Grécia antiga. Hermes era um personagem mítico com capacidade de compreender e relevar as mensagens divinas, servindo como intermediador entre as mensagens dos deuses e os homens.

Assim, hermenêutica jurídica é o ramo da ciência do Direito destinado ao estudo e desenvolvimento dos métodos de interpretação.

A hermenêutica jurídica é parte da ciência do Direito responsável pela sistematização da interpretação, consistindo em técnica científica para aplicação e utilização da própria interpretação<sup>41</sup>

Como Celso Bastos<sup>42</sup> e Luis Roberto Barroso<sup>43</sup> uma distinção clara entre ambas: hermenêutica consistiria no estudo e sistematização das normas jurídicas; enquanto

---

<sup>40</sup> MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho; VIANNA, Lucas Oliveira. Uma discussão acerca da ‘única resposta correta’ a partir das teorias de raciocínio jurídico de Dworkin, Alexy e Finnis. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 19ª edição, 2021.

<sup>41</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Interpretação no Direito em geral. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out 2010.

<sup>42</sup> ALENCAR, Joaquim Cavalcante; FARIAS, Cleanto Beltrão de; VIEIRA, Maria Marques Moreira. *A nova hermenêutica constitucional*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccjs.ufcg.edu.br/anais/artigo5.html>>

interpretação seria o revelar de conteúdo e alcance de determinada norma dada sua aplicação em um caso concreto.<sup>44</sup>

Há interessantes teorias que aprofundam o diferencial entre interpretação e hermenêutica. Por exemplo, Michal Moore tem extenso artigo em que investiga diversas concepções e busca construir um método interpretativo voltado ao direito.<sup>45</sup> Em termos bem simples, costuma-se diferenciá-las da seguinte maneira: a interpretação é o procedimento lógico, de interpretação de sentido em cada palavra do texto legal e a aplicação da hermenêutica; que, por sua vez, é a teoria científica, a investigação da sistemática legal.

No sentido mais comum, interpretar é explicar ou aclarar o significado de algo. Consiste no procedimento de explanação do que as coisas querem dizer ou sua representação.<sup>46</sup>

A interpretação de um enunciado normativo extrai a norma jurídica, dotando-a de significado, de sentido.

Comezinha a compreensão que norma jurídica não se confunde com seu enunciado normativo. Texto e norma não são sinônimos. O texto é o suporte fático, uma das formas de expressão da norma. Não raras vezes, a construção da norma deriva de mais de um suporte textual, com utilização de vários elementos do sistema jurídico.

Como ensina Humberto Ávila:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre

---

> Acesso em: 26.dez.2015.

<sup>43</sup> ALENCAR, Joaquim Cavalcante; FARIAS, Cleanto Beltrão de; VIEIRA, Maria Marques Moreira. *A nova hermenêutica constitucional*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccjs.ufcg.edu.br/anais/artigo5.html>>

> Acesso em: 26.dez.2015.

<sup>44</sup> “Dessa forma, a hermenêutica jurídica difere da interpretação jurídica no momento em que no primeiro caso estamos lidando com uma ciência auxiliar do direito que busca nos dizer quais são as formas de se buscar o entendimento das normas jurídicas, enquanto que a interpretação jurídica passa a ser a aplicação dessas formas no texto legal concreto para se buscar o sentido das normas jurídicas”. (VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante*. *Revista Eletrônica de Direito Consilium*. Brasília, número 4, volume 1, mai-ago 2010).

<sup>45</sup> Andrei Marmor, na Universidade da Pensilvânia, termina por concluir que “a interpretação é apenas outra atividade – como dormir, comer, ensinar ou escrever – que as pessoas às vezes têm razão para realizar.”, sustentando ser uma ação desprovida da tutela científica, que existe por si só, de maneira independente. (MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 46)

<sup>46</sup> GARCIA, Maria. *Interpretação da Constituição e a Lei da Ficha Limpa*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol 78, jan-mar 2012.

que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.<sup>47</sup>

O texto (enunciado normativo), portanto, representa um suporte para interpretação e construção do significado da norma jurídica, mas não guarda correspondência exata e sinônima da norma.

A norma jurídica, destarte, é resultado do processo de interpretação conferido ao enunciado normativo.<sup>48</sup>

Certo que não se pode falar de hermenêutica sem se falar de interpretação – bem como a recíproca também é verdadeira - daí porque nos parece indissociáveis.

Em uma análise pragmática, o direito se preocupa eminentemente com o problema da decidibilidade; encontrando na hermenêutica sua metodologia.

A decidibilidade reside na adequação da norma prevista à situação fática. Em outras palavras: o enquadramento da concreta situação de fato no conceito jurídico. O sistema jurídico está estruturado para este funcionamento. E para tanto, pode se utilizar de variados modelos interpretativos de busca normativa.

Dentre tantos modelos possíveis, o modelo denominado de analítico, vê essa questão da decidibilidade, como sendo uma adequação do sistema normativo de regras com uma situação fática de um ser humano dotado de necessidades, sendo, destarte, mera subsunção legal. Para tanto, a regra aplicável deve ser dotada de validade e vigência. O método é, destarte, atrelado às ideias motoras de um juspositivismo.

Outro modelo teórico usado nessa adequação é o denominado hermenêutico. Vê na decidibilidade uma problemática entorno da relevância significativa do comportamento humano. Todo agir do ser humano é dotado de significado, sendo a tarefa da ciência jurídica sua interpretação. Para esse método, todos os conflitos são decidíveis, vez que minimiza suas contradições ao ordenamento (antinomias ou colisões). É uma interpretação extensiva do texto legal, com observância ao valor resguardado pela norma (*voluntas legis*).

Por seu turno, o método empírico vê na problemática da decidibilidade, uma possibilidade de várias condições possíveis para solucioná-la, preponderando a de melhor

---

<sup>47</sup> AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 30

<sup>48</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

argumentação tópica, de melhor demonstração de efeitos práticos favoráveis. Para os adeptos desse método, o homem seria um ser dotado de funções naturais, cabendo à ciência do direito a investigação das normas de convivência aplicáveis às suas liberdades.

Em síntese, enquanto o método analítico é o estudo positivista formal da relação que Renato Poltronieri convencionou em chamar de estudo do “fato-antecedente-ato-consequente”<sup>49</sup> (se referindo a relação entre lide fática e previsão normativa), o segundo método – hermenêutico – é sua antítese: preconiza uma interpretação extensiva dos valores contidos no ordenamento e agasalhados pela norma, isto é, observa não apenas as regras jurídicas, mas sobretudo os princípios.

Para Luis Roberto Barroso<sup>50</sup>, a interpretação jurídica tradicional – que advém do mote juspositivista que o juiz é mero aplicador da lei, e não intérprete - fundou-se em duas grandes premissas: que o papel do juiz consiste em identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema concreto (método analítico); que a norma é a solução dos problemas jurídicos (método empírico).

Para o ministro do STF, o neoconstitucionalismo mudou sensivelmente o papel da hermenêutica: trata-se, agora, de um processo de cocriação do direito pelo poder judiciário, que completa o trabalho do legislativo, revalorando a norma jurídica à luz das peculiaridades do caso concreto.<sup>51</sup>

E esse amoldamento se dá mediante o reconhecimento da normatividade dos princípios – que são conceitos jurídicos indeterminados -, e sua utilização direta no caso *sub judice*.

Trata-se, inegavelmente, da compreensão do sistema jurídico enquanto formado por diferentes elementos, além da norma: o fato e o valor. Aqui, a sempre presente e necessária teoria tridimensional do direito.

O funcionamento do sistema jurídico depende destes três elementos: na situação concreta há um fato como condição de conduta entre sujeitos, um valor como intuição

---

<sup>49</sup> POLTRONIERI, Renato. *Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento*: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual. São Paulo: Edição do Autor, 2012.

<sup>50</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Acesso em: 25.10.2020

principal que avaliará o fato e norteará a aplicação normativa; e a norma jurídica em si, como medida entre o valor no plano da conduta.<sup>52</sup>

Esses três elementos – fato, valor e norma – que compõem o sistema jurídico são interdependentes e correlacionados.<sup>53</sup>

Daí porque temos o método sistemático-integrativo, que aliado ao método teleológico, mostra-se como a metodologia mais adequada à uma interpretação hermenêutica do direito dentro de um cenário pós-positivista.

O método teleológico funda-se na interpretação do direito a partir do fim social pretendido pela norma jurídica. Trata-se de uma interpretação finalística. Tem-se que “o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”<sup>54</sup>.

Enquanto o método sistemático-integrativo sustenta uma unidade e harmonia do ordenamento jurídico, através de uma hierarquia constitucional<sup>55</sup>

Apenas a título de interesse, insta relembramos a existência de diversos outros métodos interpretativos do Direito, a maioria com raízes juspositivistas.

É o caso, por exemplo, do método literal-gramatical, que busca o sentido da lei de maneira objetiva através do valor das palavras contidas no texto legal. “Parte-se do pressuposto de que a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas são importantes para obter-se o correto significado da norma.”<sup>56</sup>

Ou ainda o método lógico-racional, que busca delimitar a lei como sendo expressão do legislador, equiparando as duas figuras; sendo o texto legal mero instrumento comunicativo do poder legislativo.

Há ainda o método histórico-evolutivo que preleciona uma investigação histórica, dos antecedentes da norma. Sustentado por Savigny, aduz a necessidade de um exame de

---

<sup>52</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>53</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

<sup>54</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 295

<sup>55</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 294

<sup>56</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 287

evolução cronológica de determinado instituto jurídico. A compreensão do instituto hodierno se dá mediante compreensão de sua evolução ao longo do passado.

Inocência Martires Coelho elenca uma série de “diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos”, sustentando que toda hermenêutica deve ser pautada por um caráter unitário-integrativo do sistema jurídico, bem como uma valoração das preposições normativas, impondo uma destinação ética do processo interpretativo, com o dever de uma compreensão global, que é ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva da intencionalidade do legislador.<sup>57</sup>

Dessa doutrina podemos extrair três postulados, que é o defendido nessa monografia: que a hermenêutica do direito deve se pautar por uma interpretação sistemática-integrativa, observando os efeitos de aplicação (teleologia da lei; em verdade, do próprio sistema), considerando as múltiplas inter-relações no sistema jurídico; que tem um caráter ínsito ao direito, atualizando seus institutos jurídicos à luz de uma nova realidade social, diversa daquela originalmente concebida pela intencionalidade do legislador, mas conforme as estruturas e operações do sistema jurídico (Luhmann); e também uma destinação ética (valorativa) da aplicação da norma, isto é, uma adequação de resultados consequenciais que gerará.

A hermenêutica ou atividade interpretativa promove a reconstrução do direito frente às particularidades do caso concreto (quando da aplicação subsuntiva), conforme sustentando pela hodierna teoria constitucionalista do neoconstitucionalismo pós-positivista<sup>58</sup>.

São essas as diretrizes hermenêuticas que sustentam um neoconstitucionalismo hodierno.

---

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 84-85

<sup>58</sup> “No paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam a um só tempo a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETO, 1998, p. 245 *apud* PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade. 18 de março de 2009. 143 folhas. Dissertação – Universidade de Brasília – Faculdade de Direito. Brasília, 2009. p. 10).

## 1.2.2 Método Sistemático-Integrativo-Teleológico

O método sistemático-integrativo, quando considerado o sistema jurídico e suas estruturas, busca uma indissociável interpretação conforme à Constituição, investigando seus valores e sopesando as regras e princípios de incidência do caso concreto com os preceitos tutelados e pretendidos pela Carta Magna. É a validação constitucional da aplicação do Direito.

A interpretação sistemática deriva da compreensão do Direito enquanto sistema, como se viu.

Parece ser impossível qualquer interpretação que desconsidere o caráter sistêmico do Direito. Toda e qualquer interpretação deve ser sistêmica. A interpretação de norma em dissonância de seu sistema é indevida: é, parafraseando Bobbio, considerar uma árvore desvinculada da floresta onde está inserta.

A norma deve ser interpretada sempre à luz do sistema jurídico que pertence.

Como já se adiantou anteriormente nesta monografia, o Direito enquanto sistema pressupõe e exige uma coesão e coerência de seus elementos (normas).

Já defendido alhures que, em razão do caráter sistêmico do direito, e constante correlação de seus elementos e subsistemas, há necessidade de toda interpretação jurídica ser sistemática:

Não é possível qualquer análise individual de um elemento que desconsidere esse emaranhado sistêmico que está envolvido. Toda interpretação de qualquer elemento jurídico deve ser sistemática. Deve ser rejeitada qualquer interpretação que não considere o caráter sistêmico do Direito, vez que em confronto a própria natureza do Direito. A interpretação sistemática é apontada, ao lado da interpretação teleológica, como a interpretação de primazia no processo de aplicação do Direito. A interpretação isolada de um elemento, que não considere o caráter sistemático do Direito, não pode subsistir. Há necessidade de consideração das relações deste elemento com os demais elementos do sistema<sup>59</sup>

Portanto, para compreensão de qualquer norma jurídica – um dos elementos do sistema jurídico – há necessidade de consideração deste elemento em seu contexto, no sistema que está inserido, observando as interrelações daí derivadas.

---

<sup>59</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

A interpretação integrativa, na construção de sentido da norma atenta ao fato, em esfera valorativa; o viés finalista do Direito enquanto pacificador social, em alcance dos ideais de Justiça e equidade.

Essa interpretação conforme a Constituição é um marco, um princípio basilar do neoconstitucionalismo pós-positivista, traduzindo-se em princípio de natureza instrumental, lógico, metodológico e finalístico de aplicação das normas constitucionais.<sup>60</sup>

A gênese do método sistemático-integrativo é a corrente pós-positivista, que inseriu os princípios como fonte normativa de natureza complementar no ordenamento jurídico brasileiro. *Sistematizar e integrar* é, destarte, em simplória síntese, utilizar-se de princípios para interpretação das regras jurídicas, suprimindo as lacunas, solucionando as antinomias e, principalmente, investigando seu espírito (*mens legis*), seu objetivo, sua função. O sistema jurídico existe, conforme defende Rizzato Nunes porquanto existe interpretação jurídica: “uma construção científica composta por um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras”<sup>61</sup>. Mas não somente isso: permite, à luz do neoconstitucionalismo, aplicação direta dos princípios ao caso concreto, dada sua força normativa.

A possibilidade de integração impede a impossibilidade decisória. Isso porque “podem existir lacunas na lei, mas não no sistema jurídico, porque este possui outras fontes, além dos textos legais, e, por isso, fornece ao aplicador do direito elementos para solucionar todos os casos”<sup>62</sup>; como se observa, inclusive, do artigo 4º da LINDB (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”).

Importa em defender uma harmonia do ordenamento jurídico através de uma unidade conceitual norteada pela Constituição. “A Constituição, além de ser um subsistema

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport de. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo, volume 8, ago 2015.

<sup>61</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 30-31

<sup>62</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 31ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 432

normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”.<sup>63</sup>

Esse método interpretativo fundamenta a ideia de direito enquanto sistema. Ao deslindar acerca, Carlos Maximiliano aduz que:

Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados, os movimentos, e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes. Não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com os outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio.<sup>64</sup>

Em síntese: houve uma substituição da dogmática legal do juspositivismo pela hermenêutica pós-positivista, que tem por escopo-mor, a investigação e aplicação de princípios.<sup>65</sup>

Ao discorrer acerca do método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, Tércio Sampaio Ferraz Jr já traça a base do que, mais a frente nesse trabalho, usaremos para legitimar a criação de um conceito de “modelo constitucional do processo”. Para Ferraz Jr “correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição.”<sup>66</sup>

O antigo pensamento, bem exposto na obra de Washington Barros Monteiro, de que “a lei quase sempre é clara, hipótese em que descabe qualquer trabalho interpretativo”<sup>67</sup> já há muito foi superado pela moderna hermenêutica jurídica, sobretudo pelo método sistemático-integrativo, que propõe uma constante e indissociável análise conjunta e coerente do ordenamento jurídico, sobretudo sob direção da Constituição.

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 294

<sup>64</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 104

<sup>65</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012.

<sup>66</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 288

<sup>67</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1985. P. 39

Não deve se falar em cessação da interpretação à luz de alegada clareza no enunciado normativo. Todo enunciado normativo, em processo de interpretação, em processo de construção de seu sentido e extração da norma que ele expressa (processo hermenêutico) deve ser submetido à validação, dentre outros critérios, da interpretação conforme à Constituição.

Por mais claro que seja um enunciado normativo, ele mesmo não exaure e transparece toda a complexidade, consistência e seus fins. Todos os enunciados – até mesmo os claríssimos – são suscetíveis de interpretação, em prol de expor o seu sentido.<sup>68</sup>

Ao menos na compreensão pós-positivista, como se expôs nesta monografia, o enunciado normativo não se confunde com a norma e nunca será a norma pronta e acabada para aplicação silogística e mecânica, com a solução pronta à decidibilidade<sup>69</sup>. A norma é construída no caso posto à decisão, por meio do procedimento de interpretação, atento às regras de técnica hermenêutica.

Como já registrado anteriormente, a norma jurídica não se confunde com o enunciado normativo:

Comezinha a compreensão que norma jurídica não se confunde com seu enunciado normativo. Texto e norma não são sinônimos. O texto é o suporte fático, uma das formas de expressão da norma. Não raras vezes, a construção da norma deriva de mais de um suporte textual, com utilização de vários elementos do sistema jurídico.

Nenhum texto normativo traz a norma pronta e acabada em si mesmo, pronta para ser aplicada de forma meramente silogística e mecânica. O conteúdo normativo deve ser extraído do texto, por meio do processo de interpretação. Neste ponto, qualquer intérprete, ao realizar tal extração, está, ao construir o significado da norma jurídica, construindo a norma, construindo o Direito.

O texto não contém a norma pronta e acabada em si, possuindo, apenas, aptidão para, em conjunto com a análise do caso concreto, produzir a norma. De toda forma, o texto dirige e delimita as possíveis normas dele extraíveis; delimita as possíveis e admissíveis interpretações de descoberta da norma<sup>70</sup>

Neste cenário, qualquer intérprete, mas com mais revelo o Juiz, está, ao extrair a norma do texto normativo e interpretá-la, atribuir-lhe significado, está criando a norma, está criando Direito naquele caso. Tal criação, como já se disse acima, não é arbitrária ou

---

<sup>68</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

<sup>69</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

<sup>70</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

discricionária: está limitada por regras do próprio sistema; uma dessas regras, de grande relevância, é a Constituição.

A interpretação consiste na atribuição de um significado a algo. Interpretar uma norma é dotar ela de um significado, conhecendo-se a sua finalidade, as razões de seu surgimento, de modo a conseguir extrair o seu conteúdo.

Paulo Hamilton Siqueira Junior sustenta que “os princípios constitucionais garantem a validade de todas as normas infraconstitucionais”, afirmando que “toda a ordem jurídica, que é o próprio sistema jurídico, encontra validade nos princípios constitucionais”<sup>71</sup>.

Mas não apenas sob essa ótica. Rizzato Nunes<sup>72</sup> nos adverte acerca da correta interpretação normativa: origina-se no texto constitucional, descendo às disposições infraconstitucionais – e não o contrário. Lênio Luiz Streck não diverge, *in verbis*: “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.”<sup>73</sup>.

Assim, qualquer interpretação deve pautar-se (e derivar-se) das próprias normas Constitucionais, sendo absolutamente inaceitável, seja pela necessidade interpretação conforme, seja pela supremacia da Constituição, ou, ainda, seja simplesmente pelo próprio caractere inato ao Direito enquanto sistema, que subsista interpretação inconstitucional.

Eduardo Ribeiro Moreira insere a “sobreinterpretação da Constituição” como um dos elementos distintivos do neoconstitucionalismo, derivado do reconhecimento da força normativa do texto constitucional. Segundo o autor:

A sobreinterpretação tem um significado ainda mais abrangente. Toda a decisão legislativa ou judicial está pré-regulada por uma norma constitucional. A produção legislativa, como todos sabem, é aberta ao controle de constitucionalidade, em que a interpretação constitucional se manifesta. Já o fenômeno que ocorre com a interpretação nas fases de aplicação da decisão judicial revela que toda interpretação jurídica – direta ou indiretamente – é interpretação constitucional, de forma que ela não deixa espaços vazios.

A vinculação ao texto constitucional, como sobreinterpretação, dá-se de forma direta quando a decisão judicial se baseia em um princípio ou qualquer norma constitucional. Aí aparece a Constituição concretizada. A sobreinterpretação é indireta em dois momentos. No primeiro, por um juízo negativo sempre presente,

<sup>71</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012.

<sup>72</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 29

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 245

que significa que o dispositivo legal que fundamenta a decisão passou por um juízo negativo com sucesso: em confronto com as normas constitucionais, o dispositivo legal, base para a decisão, sobreviveu – não é com a Constituição incompatível – juízo antecedente ao próprio exame do mérito concreto. No segundo momento é indireta a interpretação constitucional por um juízo finalístico, já que toda decisão deve cumprir a Constituição e se orientar pelos objetivos nela destacados. Em tese, toda decisão deveria orientar-se por atender um fim constitucional. Desses três exercícios de hermenêutica – direto, indireto negativo e indireto positivo – é que se extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional.<sup>74</sup>

É exatamente nesse sentido que se pode defender a necessidade um banho de imersão constitucional a todas as áreas do direito; mantendo a natureza sistêmica através da de uma interpretação constitucionalmente adequada; legislação infraconstitucional e Carta Magna em sintonia fina.

Sendo o texto constitucional, em seu todo, dirigente e vinculativo, é imprescindível ter em conta o fato de que todas as normas (textos) infraconstitucionais, para terem validade, devem passar, necessariamente, pelo processo de contaminação constitucional (*banho de imersão*, se se quiser usar expressão cunhada por Liebman, ou *filtragem constitucional*, no dizer de Clève).<sup>75</sup>

Daí porque pode ocorrer a chamada derrotabilidade das normas jurídicas. Trata-se de uma teoria interpretativa, originada da doutrina de Herbert Hart no século XX, que sustenta “a possibilidade, no caso concreto, de uma norma ser afastada ou ter sua aplicação negada, sempre que uma exceção relevante se apresente”<sup>76</sup>.

A norma jurídica afastada não é expurgada do ordenamento jurídico, conservando, assim, sua validade material e formal – tão somente é excetuada diante do caso concreto em análise. Isso é uma consequência direta de uma interpretação conforme à Constituição, ou seja, de uma interpretação sistemática-integrativa-teleológica.

Javier Hervada<sup>77</sup> estabelece três “princípios básicos para a interpretação da norma”: adequação da relação entre estrutura jurídica e realidade social, vez que a estrutura jurídica existe em função da realidade social; historicidade da ordenação jurídica, sendo mister uma interpretação atual, em conformidade com o devir histórico daquela sociedade onde a norma está inserta; e, por fim, um sentido, finalidade do direito, que consiste no

<sup>74</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeirto. Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2009. P. 82

<sup>75</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P 250

<sup>76</sup> CUNHA JR, Dirley da. O que é derrotabilidade das normas jurídicas? Disponível em <dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/207200076/o-que-e-derrotabilidade-das-normas-juridicas>; Acesso em 31.dez.2015

<sup>77</sup> HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 439-440

objetivo existencial daquela norma. O autor conclui, destarte, que “a interpretação da norma deve ser feita com realismo, senso da historicidade e critério teleológico”.

Ora, nenhuma interpretação do sistema do Direito ou de seus elementos (norma) deve desprezar o próprio objetivo do sistema, sua razão de ser: a pacificação do litígio, a criação de uma atmosfera social harmônica para desenvolvimento pleno de seus membros. O Direito serve, precipuamente, à concretização do valor-mor Justiça.

Daí porque a melhor metodologia de interpretação do direito é a união do método sistemático-integrativo (ordenamento jurídico harmônico e uno, tendo por norte a Constituição) com o método teleológico (a norma jurídica tutela algum valor, algum princípio social, que deve ser observado quando da sua aplicação), culminando em um verdadeiro *método sistemático-integrativo-teleológico*<sup>78</sup>.

É essa maneira de compreender o direito que fundamentará o modelo constitucional de processo, conforme se deslindará a seguir.<sup>79</sup>

### 1.2.3 A Constitucionalização Do Processo Civil

O neoconstitucionalismo pós-positivista do final do século XX impôs a hermenêutica sistemática-integrativa como instrumento mor de uma interpretação normativa conforme à Constituição Federal de 1988. A formatação da teoria do modelo constitucional de processo ocorre nesse período justamente no cenário pós Segunda Guerra Mundial

No campo processual, consequência direta é a formação de um *modelo constitucional de processo*: um sistema processual em assonância aos ditames da Carta Magna, em verdadeira sintonia fina com as normas de ordem constitucional.

Não se trata evidentemente de novidade – João Batista Lopes denomina de “antiga novidade” – haja vista a constitucionalização do processo já ser defendida por Couture e Cappelletti; e, no Brasil, a conhecida posição de Ada Pellegrini Grinover, todos esses

---

<sup>78</sup> O termo é a união dos três métodos diferentes de hermenêutica: integrativo, sistemático e teleológico.

<sup>79</sup> É o que se extrai da lição do ministro Luis Roberto Barroso, *in verbis*: “a constitucionalização do direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões.” (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 399)

defensores do modelo constitucional de processo antes da própria Constituição de 1988, no decorrer do século passado.<sup>80</sup>

Trata-se, outrossim, de antiga novidade.

A doutrina italiana de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, ainda no século XX, é precursora no tema. Tal doutrina defende que o instituto do processo é cercado de princípios constitucionais que formam uma base indissociável e aplicável a todo processo, de modo que, portanto, todo processo é um processo constitucional em sua fundamentação e estrutura.<sup>81</sup> Nessa ordem de ideias, a Constituição estabelece um modelo geral e constitucional de processo, com eficácia irradiante e marcado por três características:

- a) expansividade (capacidade de condicionar a formatação de qualquer procedimento jurisdicional criado pelo legislador);
- b) variabilidade (possibilidade de assumir formas diversas, adaptando-se aos mais variados tipos de procedimento exigidos pelas situações jurídicas específicas); e
- c) aperfeiçoabilidade (possibilidade de ser sempre aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional).<sup>82</sup>

Dessa forma, a Constituição Federal estabeleceria um modelo geral de forma, de moldura, a partir da qual a legislação infraconstitucional configura os diversos procedimentos e técnicas, com vistas a atender aos mandamentos da Carta Magna.

Eduardo Couture no Uruguai também é percussor na defesa da aproximação entre processo e Constituição, sendo apontado com um dos primeiros doutrinadores no tema, quiçá o próprio percussor; em suas obras “*Estudios de Derecho Procesal Civil*” e “*Las Garantías Constitucionales del Proceso Y Otros Ensayos*”, de 1948 e 1946. Nessa época, o doutrinador já adotava a expressão “*Derecho Procesal Constitucional*” e advertia que

*La doctrina procesal moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del Derecho, desde el punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar.*<sup>83</sup>

<sup>80</sup> LOPES, João Batista. Antigas Novidades no Novo CPC. *Revista de Processo*. Vol. 287, Jan 2019. P. 487-505

<sup>81</sup> COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 10, número 14, Jan-Dez 2012. P. 24-41

<sup>82</sup> COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 10, número 14, Jan-Dez 2012. P. 24-41

<sup>83</sup> COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Santiago Sentis Melendo, [s.d].

O autor uruguaio defendia que a lei processual deve ser fiel interprete dos princípios da Constituição, especialmente nos institutos basilares de processo, ação, defesa e sentença. Eduardo Couture preconizava que a Constituição estabelece um critério geral de validade das leis infraconstitucionais, por meio do qual tais normas devem obrigatoriamente atender os fins da justiça, da segurança e da ordem que são estabelecidos pelos mandamentos constitucionais:

*Para Couture, la doctrina procesal tenía una labor muy significativa por desarrollar: la del examen de las instituciones procesales desde el punto de vista constitucional. Si se admitía en la teoría general que la Constitución era el fundamento de validez del derecho procesal civil, una vez determinado con precisión científica ese fundamento, la doctrina publicista podía extender su campo de aplicación a una teoría constitucional del proceso civil.*

[...]

*Para nuestro autor, la teoría constitucional del proceso consiste en fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero a través de un criterio de validez general, si un proceso proyectado o regulado por la ley es o no idóneo y apto para cumplir los fines de justicia, seguridad y orden que instituye la Constitución<sup>84</sup>*

Na década de 1970, a aproximação entre processo e Constituição ganhou destaque com a elaboração do “Projeto Florença”, cujas conclusões foram expostas na obra “Acesso à Justiça”, de autoria de Mauro Cappelletti e Bryan Garth. Os estudiosos enfocam a aproximação entre processo civil e Constituição, especificamente no necessário desempenho do processo como instrumento de acesso à Justiça. O trabalho propõe uma constitucionalização do sistema processual mediante reformas em diferentes “ondas” (lapsos temporais sucessivos), envolvendo o acesso dos indivíduos ao Poder Judiciário, principalmente de hipossuficientes financeiros, a representatividade e defesa de seus interesses, os interesses difusos e coletivos e a adoção de métodos diversos e alternativos de solução de conflitos, bem como uma reestruturação do método estatal.<sup>85</sup>

O modelo constitucional de processo civil não é uma opção de metodologia, filosofia ou premissa teórica, mas verdadeira premissa do sistema para interpretação de qualquer norma processual.<sup>86</sup> É obrigatória a observância das normas constitucionais. Nenhum sistema, e nem o subsistema do processo civil, pode ser interpretado de forma desvinculada da Constituição Federal.

<sup>84</sup> FAVELA, José Ovalle. *Garantías Constitucionales Y Debido Proceso*. In: Cien Ensayos para el centenario. Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2. Disponível em <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4319-cien-ensayos-para-el-centenario-constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-tomo-2-estudios-juridicos>> Acesso em 30.04.2022

<sup>85</sup> CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002

<sup>86</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

Como ensina Ada Pellegrini Grinover, valendo-se da designação “direito processual constitucional”, não se trata de um ramo autônomo do processo, mas verdadeira

[...] uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição [...] abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.<sup>87</sup>

Trata-se de uma exigência do próprio sistema jurídico e sua característica sistêmica: a Constituição é norte axiológico, interpretativo e normativo. Os demais subsistemas (como o processo civil) e os elementos do sistema jurídico (fato, valor e norma) devem ser interpretados e compreendidos em suas interrelações em consideração obrigatória da Constituição Federal desenvolvendo tais funções.

A interpretação de um elemento do sistema jurídico desvinculada da Constituição Federal implica no rompimento do caráter sistêmico do direito, sendo, destarte, violadora da própria premissa estrutural de funcionamento do sistema. As características do sistema (unidade, coesão, coerência, como se viu) exigem a consideração do elemento no contexto (sistema) que está inserto, e sua relação com demais elementos estruturantes.

O modelo constitucional de processo civil nada mais é senão a consideração de que há um sistema jurídico estruturado; e que, em tal sistema, há uma regra estruturante que consiste na adoção da Constituição como mote interpretativo dos seus elementos.

A constitucionalização do direito processual para Fredie Didier Jr se revela em duas dimensões: incorporação de normas processuais ao texto constitucional e exame das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras de disposições constitucionais.<sup>88</sup>

No diapasão das lições de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco podemos entender que o modelo constitucional de processo “não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição”.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975. P. 7-8

<sup>88</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*, essa desconhecida. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 159

<sup>89</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 88

A doutrina encontra no princípio do Estado Democrático de Direito a gênese do que pode ser denominado de modelo constitucional de processo ou, também chamado, por vezes, de processo constitucional – com a inclusão dos sujeitos e destinatários da tutela jurisdicional no processo de tomada de decisão, de construção dessa tutela, podendo serem ouvidos e influenciá-la, garantindo, assim, sua participação de forma democrática.

Como já defendido anteriormente e alhures, há uma obrigação do sistema na adoção de um modelo constitucional de processo civil. Em síntese:

O processo civil deve ser interpretado de forma constitucional, em síntese, porque: (i) o subsistema processual está inserto no sistema jurídico, e este detém regra de estrutura e correlação de elementos que determina a prevalência da Constituição; (ii) nenhum elemento do sistema jurídico pode ser interpretado desvincilhado do próprio sistema – interpretação sistemática; (iii) toda norma jurídica, inclusive processual, detém um escopo, e tal objetivo deve ser concretizado em sua interpretação – o escopo do subsistema do processo civil é a realização do direito material e da Constituição<sup>90</sup>

Ora, como exposto anteriormente nesta monografia, o processo civil é um subsistema incluso no sistema jurídico. Não é possível a compreensão de um elemento (ou subsistema) de forma alienada do complexo sistema que está inserto – em razão dos já analisados caracteres de coerência, completude e unidade sistêmica, na interrelação entre seus elementos e subsistemas. Tem-se, assim, que é verdadeira premissa da interpretação e aplicação de qualquer norma do processo civil a sua absoluta sintonia fina com a Constituição Federal.<sup>91</sup>

O Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) logo em seu artigo 1<sup>o</sup><sup>92</sup> já explicita a necessidade de interpretação das normas processuais à luz da Constituição. Em verdade, já pela redação do artigo, infere-se uma relação de hierarquia: o processo civil é disciplinado e interpretado pelos princípios constitucionais, isto é, é a Constituição a fonte do processo, cabendo ao código infraconstitucional apenas a concretização em regras desses princípios da Carta Magna.

A exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil não permite outra interpretação, com ode a esta sintonia fina:

---

<sup>90</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

<sup>91</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

<sup>92</sup> Art. 1<sup>o</sup> O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República [...] A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais [...] indubitavelmente aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material.<sup>93</sup>

Há de se falar em um modelo constitucional de processo, com total gênese e observância aos mandamentos da Carta Magna. Sobre o tema, aduz com muita propriedade Cassio Scarpinella Bueno:

A análise do nosso “modelo constitucional” revela que todos os “temas fundamentais do direito processual civil” só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma “teoria geral do direito processual civil” que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis. O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais.<sup>94</sup>

Ainda, acerca do tema, continua o autor, exaurindo as considerações atinentes, cuja colação se torna imprescindível:

Estudar direito processual civil a partir da CF é, antes de tudo, extrair tudo o que ela contém sobre o direito processual civil. Todas as normas constitucionais de direito processual civil que criam o modelo de organização e de atuação do Estado-juiz. Criam no sentido de impor o modelo – não apenas um, qualquer um, mas o modelo – a ser necessariamente observado pelo intérprete e pelo aplicador do direito processual civil. Trata-se, destarte, de uma imposição constitucional. As normas constitucionais, todas elas, devem ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso pelo inciso LIV do art. 5º da própria CF, como devido processo legal. Se o texto constitucional tivesse substituído o adjetivo legal por constitucional, pouco mais seria necessário acrescentar.

Observar o ‘modelo constitucional do direito processual civil’, destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade.<sup>95</sup>

<sup>93</sup> BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil.– Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

<sup>94</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>> Acesso em: 30.nov.2021

<sup>95</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>> Acesso em: 30.nov.2021

Ora, é indissociável a adequação constitucional das normas processuais<sup>96</sup>, quer seja pelo caráter instrumental do processo, quer seja pela máxima da função jurisdicional.

O processo, compreendido em seu caráter instrumental, está em constante conexão complementar com as normas de direito material, sobretudo de aspecto constitucional, servindo-se, principalmente, para efetivação dos direitos individuais. Porquanto que o processo não é apenas a manutenção da ordem jurídica e da paz social, tampouco a mera efetivação de direitos individuais, mas uma união dessas compreensões: a efetivação de direitos que permite a manutenção da ordem jurídica e social.

Daí porque o processo não pode, no seu decorrer, efetivar direitos negando a ordem jurídica constitucional; bem como aplicar a ordem jurídica constitucional e negar direitos individuais. É necessária uma constante hermenêutica sistemática-integrativa-teleológica, garantindo uma complementação ininterrupta entre direito processual e material.

No primeiro parágrafo de sua obra acerca do Código de Processo Civil, Alexandre Freitas Câmara já deslinda acerca desse modelo e relação entre o subsistema do processo civil e da Constituição Federal:

O processo civil brasileiro é construído a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República. É o chamado modelo constitucional de processo civil, expressão que designa o conjunto de princípios constitucionais destinados a disciplinar o processo civil (e não só o civil, mas todo e qualquer tipo de processo) que se desenvolve no Brasil. Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de devido processo legal (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo. Todos esses princípios são implementados através das normas (princípios e regras) estabelecidas no Código de Processo Civil.<sup>97</sup>

Igualmente, Ada Pellegrini Grinover, na apresentação de seu trabalho “Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil”, registra:

O direito processual não se separa da constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação das garantias jurídicas. Sobre os princípios políticos e sociais da constituição edificam-se os

---

<sup>96</sup> Para Cassio Scarpinella Bueno “é a partir da Constituição Federal que se deve buscar compreender o que é, para que serve e como ‘funciona’ o direito processual civil.”, e mais: “pensar o direito processual a partir da Constituição Federal é uma necessidade, e vale enfatizar, uma vez mais, não se trata de uma particularidade desse ramo do direito.”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 1. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 85/87)

<sup>97</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. P. 5

sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime constitucional e a disciplina do processo.<sup>98</sup>

O modelo constitucional de processo objetiva dar uma compreensão (uma hermenêutica) ao processo enquanto instrumento efetivador dos direitos, enquanto meio de cumprir-se a função contemporânea do Direito. Trata-se de uma análise do instrumento processo sob a ótica de um neoconstitucionalismo.

Lenio Luiz Streck defende que “a construção das condições para concretização da Constituição implica entender a Constituição como uma dimensão que banha todo o universo dos textos jurídicos”<sup>99</sup>, sendo mister que o intérprete supere a divisão metafísica equivocada de hermenêutica constitucional da hermenêutica infraconstitucional. Ademais, para a completa coerência e coesão do ordenamento jurídico, faz-se mister esse banho constitucional, que circunda, submerge, envolta todas as demais normas jurídicas existentes, voltando-as a um único propósito: o cumprir da Carta Magna – como instrumento mormente à Justiça.

Logo, falar de um modelo constitucional de processo é falar de um completo amoldamento infraconstitucional do sistema processual à Carta Magna, sobretudo em relação aos seus princípios.

Sem dúvida, examinados os diversos dispositivos constitucionais afetos à atividade processual, se descobrirá, num relance, que os princípios de processo remetidos à seara constitucional, em virtude mesmo da compostura das normas constitucionais – referentes, fundamentantes e derivantes de todas as demais espécies normativas existentes -, produzem contígua alteração de toda a legislação processual ordinária com elas contrastante. Seja inerente ao processo civil, penal, trabalhista ou administrativo. Em todas as situações deverá haver referência incondicionada aos ditames constitucionais de compostura processual.<sup>100</sup>

Tal modelo impõe a análise concomitante não apenas de princípios constitucionais propriamente processuais, como ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, juiz natural, dentre outros. Mas também – igualmente relevante – a compreensão do processo de modo a contemplar os outros ditames principiológicos da Carta Magna.

Trata-se, inegavelmente, do reconhecimento da força normativa da Constituição – marco da doutrina de Konrad Hesse: a Constituição tem compromisso com a efetividade de

<sup>98</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

<sup>99</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. P. 321

<sup>100</sup> NETO, Manoel Jorge e Silva. *Constituição e Processo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 18-19

suas normas, sendo vetor axiológico da interpretação e aplicação das normas jurídicas do sistema.<sup>101</sup>

O reconhecimento da força normativa da Constituição exige que seja buscada a máxima efetividade da norma constitucional, para que não seja mera letra morta em papel. E essa força normativa depende de uma conexão dos preceitos normativos com a realidade que são aplicados (realidade histórica). Ela reside na capacidade de harmonização com as forças (e fatores de poder) da realidade, e depende da vontade humana dos aplicadores e protetores das normas constitucionais.<sup>102</sup>

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas<sup>103</sup>

Não se trata tão somente do amoldamento do processo à Constituição em uma análise endógena; mas também sob uma perspectiva externa, de processo enquanto efetivação do direito, em compreensão de ser o instrumento para se chegar à justiça.

Trata-se de entender o processo não como um fim em si mesmo, mas sopesar seus efeitos fáticos; considerar os reflexos da aplicação normativa na realidade do jurisdicionado. É se desvencilhar do monóculo do formalismo e olhar o horizonte da teleologia: é processo enquanto realizador fático de preceitos jurídicos; é a ponte entre direito e sociedade; entre norma e realidade.

É esta a compreensão que devemos fazer de modelo constitucional de processo.

---

<sup>101</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* Porto Alegre: Fabris, 1991

<sup>102</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* Porto Alegre: Fabris, 1991

<sup>103</sup> HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 15

### 1.3 PROCESSO CIVIL DE RESULTADOS: A BUSCA PELA EFETIVIDADE DO PROCESSO

A constitucionalização do processo civil e adoção do modelo constitucional de processo, como se analisou acima, conclui pela imperiosa necessidade de preocupação com a efetividade das normas jurídicas. Um processo civil atento à Constituição é um processo civil preocupado com seus resultados, em ser efetivo, em realizar o direito material que por ele se instrumentaliza.

A partir do pressuposto da supremacia constitucional Eduardo Couture enuncia o processo civil como instrumento de proteção e realização de direitos fundamentais, de modo que a efetividade do processo está inegavelmente ligada à efetividade dos preceitos constitucionais, que devem ser realizados.

Efetividade no sistema jurídico é compreendida como realização prática do direito, com realização fática dos valores tutelados pelo sistema jurídico, em aproximação do dever-ser normativo com o plano fático.<sup>104</sup>

Da Constituição, em especial da expressão contida no artigo 5º, inciso XXXV, se extrai o princípio constitucional da efetividade: a Carta Magna prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito. A norma tutela a efetividade das normas jurídicas.<sup>105</sup>

Caso a efetividade de uma norma seja tolhida (violada ou ameaçada), o Poder Judiciário irá garantir, ao máximo, a criação de uma atmosfera adequada para que esta norma volte a ser plena, produzindo seus efeitos – seja efetiva.

Nessa ordem de ideias, para garantia de um adequado acesso à Justiça (princípio constitucional), com adequado acesso à ordem jurídica justa, e na linha do que defende Kazuo Watanabe, a busca da efetividade no direito é premissa para se permitir uma adequada tutela

---

<sup>104</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018. P. 346

<sup>105</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Direito à efetividade da Jurisdição: técnicas e tutelas diferenciadas no processo civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 129, Jan/Fev 2022.

jurídica, vinculada à realidade social e comprometida com a concretização de efetivos da norma jurídica.<sup>106</sup>

Segundo lição de Kazuo Watanabe, o acesso à ordem jurídica justa compreende o atendimento a múltiplos fatores: (i) a organização judiciária adequada; (ii) a organização dos serviços voltados ao tratamento de controvérsias; (iii) a adequação dos instrumentos processuais para tutela de direitos; (iv) a adequada assistência judiciária, com acesso aos órgãos e informações sobre direitos; (v) a formação dos juízes, árbitros e pacificadores; (vi) a remoção de obstáculos econômicos, políticos e sociais ao acesso à ordem jurídica justa; (vii) pesquisa interdisciplinar constante para aperfeiçoamento do direito material.<sup>107</sup>

Deriva de tal princípio do acesso adequado à justiça, que qualquer interpretação deve buscar a máxima efetividade da norma jurídica. A busca da efetividade é inata ao sistema jurídico. É necessário que se busque, ao máximo possível, a produção de efeitos da norma, com resultados concretos e reais. Em toda situação hermenêutica, deve-se buscar a efetividade da norma – observando-se o limite traçado pelo enunciado normativo.<sup>108</sup>

J.J. Gomes Canotilho, ao elencar os princípios tópicos de interpretação constitucional, expressamente registra o dever de toda interpretação pautar-se pela busca da efetividade da norma. O denominado “princípio da máxima efetividade”, que, por vezes, também é encontrado sob denominação de “princípio da eficiência” ou “princípio da interpretação efetiva”, objetiva direcionar a interpretação normativa com vistas a extrair sentido que permita a maior eficácia, a maior efetividade possível.<sup>109</sup>

No âmbito do processo civil, este dever de busca pela efetividade das normas, se traduz na compreensão que se denomina “processo civil de resultados”. Trata-se da interpretação das normas processuais com escopo de extrair a máxima efetividade possível,

---

<sup>106</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. P. 128-135.

<sup>107</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P. 75-76

<sup>108</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>109</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 226-229

preocupada, precipuamente, nos resultados úteis e efetivos do processo – e seu caráter instrumental.<sup>110</sup>

A expressão “processo civil de resultados”, adotada por processualistas, nada mais é que a interpretação teleológica das normas processuais, com vistas à concretização de seu fim, com outorga de uma tutela jurisdicional adequada. E neste percurso interpretativo, a sempre presente lembrança que o direito processual detém caráter instrumental – a instrumentalidade do processo enquanto método e ferramenta para concretização do direito material.

O processo deve produzir resultados substanciais que melhor atendam à Justiça naquele caso concreto, com soluções que se imponham na prática, de modo a atender o adequado e pleno acesso à Justiça, servindo de caminho para concretização da Justiça, como há muito já ensina Candido Rangel Dinamarco<sup>111</sup>

De tão relevante que é a busca da efetividade no processo, Cassio Scarpinella Bueno aponta o princípio da efetividade como um dos dois princípios-síntese do processo civil (ao lado do princípio do acesso à justiça), com vistas a permitir o adequado acesso ao Poder Judiciário, com obtenção de resultados de concretização do direito material.<sup>112</sup>

De modo geral, o tema é aplicado no processo civil na linha do que Chiovenda preconizava: "na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter".<sup>113</sup>

José Carlos Barbosa Moreira se debruçou no tema, e estabeleceu critérios e elementos para análise da efetividade no processo civil, com a exigência do seguinte: (i) instrumentos adequados de tutela a todos os direitos, com técnicas diferenciadas a depender da posição jurídica dos sujeitos; (ii) tais instrumentos devem ser praticamente utilizáveis; (iii) a existência de condições propícias para reconstrução de fatos relevantes ao julgador, para máxima correspondência à realidade; (iv) o processo deve assegurar à parte vitoriosa o pleno gozo e utilidade de seu direito reconhecido; (v) os resultados devem ser atingidos com o mínimo gasto de tempo e energia possível.<sup>114</sup>

A preocupação com a efetividade no processo civil se traduz na preocupação do sistema com uma tutela jurisdicional adequada, isto é, uma tutela jurisdicional que

<sup>110</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. Revista dos Tribunais. Volume 1, Out 2011.

<sup>111</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

<sup>112</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: parte geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P 168

<sup>113</sup> *apud* PAVAN, Dorival Renato. O princípio da efetividade e as modificações na execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006. *Revista de Processo*, vol 155, Jan 2008. P. 154-194

<sup>114</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: parte geral. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P 167

efetivamente produza resultados que se imponham na prática, com efetiva proteção dos direitos dos seus titulares.<sup>115</sup>

Para além da uma mera prestação jurisdicional (atividade pública desempenhada pelo Poder Judiciário), há uma preocupação na outorga de uma tutela que seja adequada, efetiva.

Nas lições de Arlete Inês Aurelli:

Em geral, a tutela jurisdicional é constituída de uma sentença de mérito de qualquer conteúdo. No entanto, podemos ir mais além para constatar que o direito de ação não se esgota na obtenção de uma decisão de mérito sobre o direito conflituoso. O jurisdicionado quer mais, exige a efetividade da tutela requerendo que o Estado lhe proporcione a satisfação do direito pleiteado. [...] Assim, a tutela jurisdicional deve ser efetiva, deve ser concretizada. A sentença de mérito é apenas uma parcela da tutela jurisdicional. Não basta ao Estado juiz resolver a lide, compor o conflito de interesses e declarar o direito, é preciso também que sejam criadas condições de concretamente protege-lo. A tutela jurisdicional, contudo, não se exaure com o proferimento da sentença de mérito. A sentença é apenas o reconhecimento do direito, mas não significa tutela do direito no plano material e concreto.<sup>116</sup>

O processo deve se valer de interpretações e mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional a efetividade que os jurisdicionados esperam.<sup>117</sup>

Portanto, o processo civil precisa ser compreendido e aplicado em análise de seus efetivos resultados produzidos. O processo civil tem caráter instrumental, servindo à realização das normas de direito material. Há muito, Ponte de Miranda já preconizava que a finalidade preponderante do processo era precipuamente a realização dos direitos objetivos e subjetivos.<sup>118</sup>

O processo deve ser útil e, efetivamente, permitir a tutela jurisdicional adequada a quem tem razão, tutelando concretamente o seu direito. A pauta a ser seguida, de realização de resultados é, nas palavras de Dinamarco, com objetivo de que “o processo será útil a quem

---

<sup>115</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. P. 255-256

<sup>116</sup> AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-2/juizo-de-admissibilidade> Acesso em 02/04/2022

<sup>117</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 17-19.

<sup>118</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 110

tiver razão”<sup>119</sup> – a efetividade e utilidade do processo é com vistas a proteger o titular de direito.

Nessa linha, e como já foi registrado em outra oportunidade:

Essa aproximação das normas processuais civis às peculiaridades do caso concreto visa, inegavelmente, à concretização da efetividade das normas processuais (e, por conseguinte, do próprio direito material, que o processo visa conferir efetividade).  
[...]

Nesta ordem de ideias, há ligação entre técnica processual e procedimento, em prol da efetividade do processo civil. O processo não pode ser interpretado de forma isolada e alienada do sistema jurídico, mormente as normas de direito material, e desvinculada da realidade social dos destinatários da eficácia normativa.<sup>120</sup>

Isto porque a concretização do direito material é justamente o escopo (jurídico) do processo, junto com a harmonização dos conflitos, em prol da manutenção da paz social (escopo social do processo). São esses os objetivos e razões de ser do próprio processo.<sup>121</sup>

A lei processual é vista, inclusive, como instrumento para efetivação dos direitos, inclusive constitucionais, como expressa Eduardo Couture: “a lei processual tomada em seu conjunto, é uma lei regulamentadora dos preceitos constitucionais que asseguram a justiça”<sup>122</sup>

O processo civil é uma das formas de expressão da jurisdição e que tem vistas a concretizar os objetivos da jurisdição. O processo é instrumento da jurisdição.

Abalizada doutrina aponta que a jurisdição tem escopos classificados em três ramos diversos: jurídico, social e político. O processo, enquanto instrumento, tem por objetivo teleológico o atendimento de tais escopos <sup>123</sup>

O escopo jurídico da jurisdição consiste na garantia de efetividade jurídicas das normas – a aplicação da norma ao caso concreto, a sua decidibilidade jurídica, com

<sup>119</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: Volume I. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 111

<sup>120</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Direito à efetividade da Jurisdição: técnicas e tutelas diferenciadas no processo civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 129, Jan/Fev 2022.

<sup>121</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 157

<sup>122</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995. P. 19.

<sup>123</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 181-190

concretização do direito objetivo. Trata-se da atuação da lei no caso concreto, mediante substituição da vontade das partes (substitutividade da jurisdição).<sup>124</sup>

No viés do escopo social, a jurisdição objetiva propriamente a pacificação do conflito social e a função educativa e de conscientização no corpo social, sendo mecanismo de solução de conflitos e de ensino aos indivíduos de seus direitos e deveres na sociedade.<sup>125</sup>

Por fim, a jurisdição também tem um escopo de ordem política, como manifestação e afirmação do poder estatal, tutela das liberdades públicas e garantia de participação dos sujeitos envolvidos no processo de tomada de decisão. Aqui, trata-se da expressão do Estado democrático de direito.<sup>126</sup>

Assim, na interpretação e aplicação dos elementos do subsistema do processo civil, deve-se considerar tais escopos do instituto e da jurisdição, que o processo busca instrumentalizar e concretizar. Os conflitos e elementos do processo civil devem ser imergidos e compreendidos à luz de seus escopos.

A premissa para qualquer interpretação processual é compreender o que se espera do processo civil. Fixando-se o resultado esperado, é possível analisar a efetividade do projeto: se o processo entregar o resultado de forma adequada, houve efetividade. Em síntese, essa é a fórmula defendida por Augusto Marcacini em sua tese de doutorado na USP.<sup>127</sup>

A 'efetividade do processo' consiste na aptidão desde para realizar praticamente os fins a que se propõe. A efetividade do processo consiste na 'maior correspondência possível entre os resultados obtidos e os fins esperados de um dado sistema processual'. Trata-se de expressão com significado aberto, variando em função dos objetivos propostos. Sendo hoje considera como sua finalidade a pacificação com justiça dos conflitos sociais, será tanto mais efetivo o processo quanto mais próximo chegar deste resultado ideal. Um processo efetivo para nossos padrões é o processo onde se equilibrem os fatores justiça, acesso, estabilidade e celeridade [...]<sup>128</sup>

Candido Rangel Dinamarco põe enfoque na função social do processo, trazendo tal escopo como desejável ao processo civil: a finalidade do processo é justamente a obtenção

---

<sup>124</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

<sup>125</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 197

<sup>126</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 208

<sup>127</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013.

<sup>128</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013. P. 262-263

de resultados socialmente desejáveis, para realização da Justiça.<sup>129</sup> De fato, como se expôs até aqui, o escopo social do processo (da jurisdição) é de maior relevo, com real alteração do cenário fático e entrega de resultados.

Nessa premissa, o processo será efetivo se realmente entregar esse resultado dele esperado e para que se presta a servir. Processo, aqui e para tais fins, deve ser compreendido em sentido metafórico de “sistema processual”, em ampla abrangência.

Augusto Marcacini, em tese totalmente dedicada ao tema, conclui a sua definição de efetividade do processo civil:

[...] resumirei a definição de efetividade do processo na ‘maior correspondência possível entre os resultados obtidos e fins esperados de um dado sistema processual. E já adotando os nossos valores contemporâneos, e utilizando-os como medida, a efetividade do processo quer dizer um processo que encontre um desejado equilíbrio entre justiça, acesso, estabilidade e celeridade, pois assim estaremos, o mais possível, realizando praticamente os fins esperados do nosso sistema processual.<sup>130</sup>

Como Augusto Marcacini expõe, a efetividade do processo não reside apenas na pacificação social e solução da lide. Há necessidade de que essa pacificação dê concretude aos valores da Justiça. Não é qualquer decisão judicial pacificadora que cumprirá, de forma exitosa, com a função social do processo e garantirá a efetividade do instrumento. A efetividade da tutela impõe, não apenas o atendimento à celeridade, mas também cumprimento dos valores de acesso à Justiça e estabilidade, além de atender à própria Justiça.

Conforme já foi analisado em outra oportunidade, há um direito constitucional de efetividade da jurisdição, o que impõe a efetividade do processo civil em entregar efetivos resultados (processo civil de resultados):

O princípio tópico interpretativo da máxima efetividade da norma deve ser buscado na aplicação de qualquer norma jurídica; inclusive das normas de natureza processual. Toda norma deve ser interpretada com vistas a conferir a maior efetividade possível a ela. O processo civil é um subsistema inserto no sistema jurídico, com necessária submissão constitucional. Há obrigatoriedade na adoção de um modelo constitucional de processo civil que deve ser pautado na busca de resultados úteis e efetivos – um processo civil de resultados. Dessa ordem de ideias, extrai-se que há um direito constitucional à efetividade da jurisdição – um direito à efetividade do próprio processo civil.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013.

<sup>130</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013.

<sup>131</sup> COELHO, Otávio Ribeiro. Direito à efetividade da Jurisdição: técnicas e tutelas diferenciadas no processo civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 129, Jan/Fev 2022

Ademais, e em prol de atingir seus próprios escopos, do processo e da jurisdição, os conflitos entre elementos (normas, por exemplo) surgidos no subsistema do processo civil devem ser resolvidos, ainda e como se viu, à luz da Constituição Federal e em prol da garantia máxima de sua efetividade – e da máxima efetividade possível das normas materiais.

Mas, como se verá nessa monografia em capítulo próprio, não é qualquer resultado que deve ser atingido pelo processo civil: é o resultado adequado. E esse resultado adequado consiste na adequada ponderação dos elementos do sistema (fato, valor e norma; à luz da teoria tridimensional do direito) com o escopo teleológico do sistema de concretização da justiça (teoria tetradimensional do direito).

Ou seja: não basta a entrega de um resultado efetivo se esse resultado for contrário ao sistema jurídico e não efetivar a justiça.

A tutela jurisdicional adequada – e o resultado adequado do processo civil, destarte – implica em uma necessária correta interpretação e aplicação da norma jurídica no caso concreto, com análise do valor contido na norma e dos fatos circunstanciais do caso. Somente com a ponderação desses elementos, e com vistas a atingir a justiça, é que se haverá uma constitucional e adequada entrega de resultados no processo civil.

Não basta a entrega de um resultado a qualquer custo. Para além da necessária observância às garantias constitucionais do devido processo legal, na formação e desenvolvimento de uma relação jurídica processual adequada e plena, com acesso e participação democrática, o resultado a ser entregue deve corresponder ao sistema jurídico em uma análise tetradimensional, como será exposta mais ao final dessa obra.

Os elementos do sistema jurídico (fato, valor e norma) devem ser conjugados de forma que o resultado entregue pelo processo civil busque a efetivação da justiça, valor norteador do funcionamento de todo sistema, fim último do direito.

## 2. PRINCÍPIOS COMO NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO

O Direito estabelece balizas comportamentais às ações externas dos indivíduos, permitindo a coexistência e desenvolvimento de múltiplos e divergentes interesses individuais<sup>132</sup>

Segundo John Rawls, “a ideia norteadora é que os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade constituem o objeto do acordo original”<sup>133</sup>, sendo, destarte, o Direito instrumento imprescindível para garantia da observância desses princípios da justiça. O Direito tem como função, precípua, a realização dos princípios da Justiça, sendo instrumento derivado do próprio contrato social.

Daí porque o Estado, criado a partir do contrato social – segundo a teoria contratualista, em especial, de Jean Jacques Rousseau – possui a função primordial de criação de um cenário pacífico, de uma atmosfera convivial que permita a coexistência de múltiplos indivíduos de desígnios autônomos. Um cenário de paz e segurança para prosperidade do autodesenvolver do indivíduo.

A problemática principal é trazida por Alf Ross que nos mostra a incomensurabilidade dos desejos individuais, óbice para uma unificação de um interesse geral, de um ideal nacional: os indivíduos tem desígnios diferentes, por vezes conflitantes.<sup>134</sup>

Surge a indagação: mas ante a desarmonia de interesses individuais, como o Estado pode criar um ambiente favorável mínimo que permita essa odisseia individual rumo à felicidade e desenvolvimento do indivíduo?

É neste momento que surge o instrumento do Direito. Legitimado pelo contrato social, o Estado utiliza-se do direito para garantir uma convivência ordenada. É um agente conciliador desses distintos desejos individuais, estabelecendo padrões comportamentais de

---

<sup>132</sup> A palavra direito origina-se do latim *directum* e significa ‘aquilo que é reto, que está de acordo com a lei’. Assim, conforme vimos, o Direito destina-se a regular as relações humanas e suas normas asseguram as condições de equilíbrio da coexistência dos seres humanos, da vida em sociedade. [...] A finalidade do Direito consiste em regular as relações humanas, a fim de que haja paz e prosperidade no meio social, impedindo a desordem e o crime.” (VENERAL, Débora; ALCANTARA, Silvano Alves. *Direito aplicado*. Curitiba: InterSaberes, 2014.); e Nessa linha de pensamento, podemos dizer que o direito significa a instituição de uma determinada ordem, com regras obrigatórias, em razão da formação social organizada, consciente e racional, que limita a ação individual diante das infinitas relações intersubjetivas; relações estas frutos da interação e convivência de interesses individuais e, necessariamente, distintos. POLTRONIERI, Renato. *Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual*. São Paulo: Edição do Autor, 2012. P. 19)

<sup>133</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>134</sup> ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução: Edson Bini. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2007. P. 341

modo que cada integrante possa perseguir seu próprio conceito de felicidade, mas não imiscua de óbices as perseguições dos demais. É a lição primária de toda obra de Kant:

Emmanuel Kant, o grande filósofo de Königsberg (1724-1804), doutrinou o seguinte: O homem reconhece que é a causa necessária e livre das suas ações (razão pura) e que deve obedecer a uma regra de comportamento preexistente, ditada pela razão prática (imperativo categórico). O direito tem por fim garantir a liberdade, e por fundamento, um conceito geral, inato, inseparável do homem, fornecido *a priori* pela razão prática, sob a forma de um preceito absoluto: conduze-te de modo tal que a tua liberdade possa coexistir com a liberdade de todos e de cada um.<sup>135</sup>

O Direito, assim, sem paradoxo, e a fim de tutelar as próprias liberdades individuais, regula as condutas humanas e exercícios dessas liberdades, em prol da garantia de exercício das mesmas pelos sujeitos.

Em outras palavras, mas de mesma sorte, pode-se dizer, como ensinam Dinamarco, Grinover e Cintra:

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros. A tarefa da ordem jurídica é exatamente de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste<sup>136</sup>

O Direito busca a organização e ordenação da sociedade e seus sujeitos. Tem por escopo a coordenação dos múltiplos interesses, muitas vezes conflitantes, que surgem na vida social. Ao Direito cabe, além da regulação do próprio funcionamento da sociedade e estruturação do Estado, a organização das condutas dos sujeitos. E tudo isto com o escopo maior de harmonizar tais relações para construção de um ambiente social pacífico e harmônico, onde seja possível o desenvolvimento de todos.

E aí podemos entender a lição de John Rawls exposta anteriormente: que a Justiça é o norte desse contrato social. A Justiça é a estrela guia a ser perseguida pelo Direito em sua aplicação. A celeuma é entender a densidade desse conceito em aberto – Justiça. Objetivando dar maior luz à compreensão desse escopo é que surgem os princípios da justiça – os princípios do direito. Todo o sistema normativo, incluindo as regras e princípios, derivam e tem por escopo, portanto, o alcançar da Justiça.

<sup>135</sup> MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 66

<sup>136</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 27

## 2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO E NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO

### 2.1.1 Transição do Jusnaturalismo para o Juspositivismo

Definir quais são os princípios da Justiça e como esses conceitos se relacionam com o direito não é uma problemática recente. A investigação desse inter-relacionar se estende há séculos na história do Direito.

Podemos agrupar os diferentes autores de distintas épocas que se debruçaram sob o tema em dois grandes grupos: jusnaturalistas (a partir do século XVI) e juspositivas, estes últimos nos séculos XIX e XX. E, em tempos bem mais modernos, a partir do final do século XX, em um terceiro grupo, em formação contemporânea, quase que híbrido desses dois primeiros, denominado de pós-positivismo, que será desenvolvido em capítulo próprio, posterior a esse.

O tema é dotado de densidade. A fim de evitar-se digressão da temática da presente monografia, nos limitaremos a traçar pontos gerais de compreensão, focando no escopo desse capítulo: o inter-relacionar de direito e justiça. Daí porque nos limitaremos a analisar esses sistemas de uma moderna concepção de justiça, dispensando uma investigação histórica das embrionárias noções de Aristóteles e Platão.

Tanto a corrente juspositivista quanto a corrente jusnaturalista concebem a existência de um direito positivo, isto é, um direito criado e posto pelos homens, mais especificamente, pelo Estado.

A divergência reside porquanto, para os juspositivistas, só existe esse direito positivo. Ele origina-se e fundamenta-se em si mesmo, sendo um sistema fechado, científico, previsível, sem influência de qualquer fator subjetivo ou metafísico. Daí porque, para eles, justiça é o ordenamento em si próprio: justiça é seguir a lei. E para os adeptos do jusnaturalismo, esse direito positivo está submetido hierarquicamente à validação do direito natural. Logo, a concepção de justiça está alicerçada naqueles valores naturais; é justo o natural; o direito positivo só é justo (válido) enquanto em assonância ao direito natural.

O autor Dimitri Dimoulis, em interesse análise, conjuga as definições de Austin, Kelsen e Scarpelli e converge-as em uma definição de direito positivo que nos parece ser das mais completas:

O positivismo jurídico considera o direito como conjunto de normas que foram formuladas e posta em vigor por seres humanos (tese do fato social) e se impõe mediante atos dos titulares do poder social que em determinado momento prevalece de fato, sendo legitimado no sentido de sua força superior e duradoura e impedindo a aplicação de normas contrárias oriundas de outros sistemas normativos.<sup>137</sup>

A existência desse direito positivado, como se disse, é incontroversa entre os jusnaturalistas e juspositivistas. A diferença reside na validação desse sistema, como se verá mais adiante.

Por seu turno, a mais célebre definição de direito natural é de Hugo Grotius, quando afirma que

O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto, vedado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza. Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são obrigatórios ou ilícitos por si mesmos.<sup>138</sup>

Não se pode discorrer acerca do direito natural sem considerar as ponderações feitas por São Tomás de Aquino em sua *Suma Teológica*, sustentando uma outra versão do jusnaturalismo (fundada em Deus). Aduz São Tomás de Aquino que as coisas não existem em si mesmas, mas sim em Deus. O autor estabelece uma ordem hierárquica: a lei humana (direito positivo) é a particularização prática dos princípios da lei natural, que, por seu turno, é a participação racional da lei eterna, que é a razão divina que direciona a criação ao bem comum. Afirma que “a lei natural basta para ordenar todas as cousas humanas, e, portanto, não há necessidade de nenhuma lei humana.”, pois, para o autor, nenhuma lei pode se sobrepor à razão humana.<sup>139</sup>

Isso implica que, em última análise, todo o direito positivo deve ser derivado da razão divina, que tem por escopo a ordem voltada para o bem comum. Em outras palavras: há uma validação material – isto é, uma submissão hierárquica - da norma positiva pela razão divina. A lei humana funda-se na lei de Deus. Isso implica dizer que, para o autor, a gênese do direito natural é um direito divino; os princípios originam-se em Deus.

---

<sup>137</sup> DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, número 102, jan-jun 2011. P. 215-253

<sup>138</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. P. 20

<sup>139</sup> AQUINO, São Tomás de. *Suma Teológica*. 1ª tradução portuguesa. São Paulo: Odeon, 1936. P. 15-31

De toda sorte, seja qual for a origem do direito natural – a natureza da sociedade em si, ou Deus – certo que há uma correspondência entre o direito positivado e o direito natural, encontrando aquele a sua legitimação nesse último.

Em síntese, Limongi França: “segundo o mencionado sistema, o Direito Natural é corolário da natureza social do homem, de onde considerar-se injusto tudo quanto repugna à natureza da sociedade”<sup>140</sup>. A validação proposta pelo direito natural ocorreria, assim, na esfera da própria natureza da sociedade, do homem. O direito positivo estaria submetido a esta validação na esfera da naturalidade.

O fundamento do direito natural é, conforme nos ensina Vicente Ráo, “um conjunto de princípios supremos, universais e necessários, que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o direito positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.” E esses princípios, para o famoso autor, visam “inspirar e conduzir todos os sistemas positivos de direito em direção a um ideal supremo de justiça.”<sup>141</sup>

Para a corrente jusnaturalistas, os valores positivados – aqueles incluídos no sistema jurídico, sendo dotados de normatividade – devem, necessariamente, e sob pena de invalidade, encontrarem correspondência valorativa no direito natural. O direito não é válido simplesmente porquanto posto pelo direito positivo: é válido somente se encontrar fundamento no direito natural – mesmo que não seja positivado. Há a validação na esfera do natural.

Assim, a positivação do valor, para os jusnaturalistas, é prescindível para se constatar a validade daquele valor. Nesse sentido e como esclarece Barroso: “Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo.”<sup>142</sup>

Esse entendimento, que o homem possui direitos naturais, teve seu auge no século XVIII, com a Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776 e a Revolução

---

<sup>140</sup> FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais do direito*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 903-940

<sup>141</sup> RAO, Vicent. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª edição. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. P. 46-48

<sup>142</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 235

Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789; em um entendimento escalonado e convergente de Hobbes, Rousseau e Locke.

Gluck, é contundente em diferenciar o direito natural do positivo, indo diretamente ao ponto de maior divergência:

O direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em natural e positivo. Chama-se direito natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos. Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vem a ser conhecidas.<sup>143</sup>

Contudo, esta não é a única diferenciação entre os direitos. Norberto Bobbio<sup>144</sup> se debruça, com a genialidade que lhe é inata, ao tema, buscando estabelecer critérios de distinção entre as duas correntes.

O primeiro baseado na antítese universalidade-particularidade: enquanto o direito natural é universal e válido em toda parte, o direito positivo está adstrito a determinado território, a determinada sociedade.

Há diferença também quanto à mutabilidade: o direito natural, por ser inato ao homem, não é mutável; enquanto o direito positivo é alterável de acordo com a vontade do legislador, de acordo com a sociedade e tempo que está inserido.

A distinção de maior importância é quanto à fonte do direito: o direito natural provém da racionalidade, da autoreflexão natural; enquanto o positivo provém do direito posto pelo Estado.

E, no que concerne a problemática da justiça, distinguem-se os dois direitos à medida que os comportamentos regulados pelo direito natural “são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo”<sup>145</sup>.

Cícero elenca cinco características fundamentais do direito natural: as leis positivas estão submetidas a uma verdadeira ordem racional; essa lei racional corresponde às exigências da natureza e da dignidade natural do homem; essa lei não está escrita nos códigos,

<sup>143</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. P. 21

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. P. 22-23

<sup>145</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. P. 22-23

mas sim na consciência humana; Deus, enquanto criador da natureza, é o autor dessa lei; que é universal, tanto no tempo quanto no espaço.<sup>146</sup>

Pode extrair-se então, que, para o jusnaturalismo, Justiça seria um conjunto de valores postos, ou pela própria natureza humana, ou por Deus, como fundamentais, e de natural inclinação do homem em sua persecução, para o desenvolvimento individual e coletivo. A vida, por exemplo, seria um ideal de Justiça. Logo, uma norma positivada que a tutele (como a proibição ao homicídio) seria materialmente válida, porquanto em assonância ao direito natural. Mas uma norma positivada que autorizasse o homicídio do semelhante, não seria válida: porquanto a norma não é válida por si só (como sustenta o positivismo), mas estaria inválida, pois em divergência a um valor natural do homem (vida).

Isso porque, conforme aduz Limongi França:

O Direito Natural como fonte do Direito Positivo. Do que acima vai dito sôbre a existência de um Direito Natural de fluem com facilidade os elementos principais do respectivo conceito. Em verdade, como vimos, o Direito Positivo não é, por si só, suficiente para impor-se às consciências humanas, mas depende da observância de um princípio superior, o princípio da Justiça, para que possa perdurar e fazer-se respeitar

Portanto o Direito Natural parece não ser, em suma, mais do que isto: o princípio, por cujo imperativo as leis que o desatendem são injustas.<sup>147</sup>

O juspositivismo, visando uma segurança jurídica e científica, com previsibilidade sistêmica, busca expurgar todo fator subjetivo e metafísico do direito natural, prelecionando a existência tão somente do direito positivo, de gênese e fim em si mesmo.

O juspositivismo volta suas críticas teóricas à premissa do jusnaturalismo que impõe que o homem

é pensado como tendendo para um estado ou fim óptimo [sic] específico que está preparado para ele e o facto [sic] de que ele, diferentemente das outras coisas, pode parar aí tender conscientemente, não é concebido como uma diferença radical entre o homem e o resto da natureza.<sup>148</sup>

Essa concepção teleológica da natureza importaria em desconsiderar o livre arbítrio e racionalidade do homem, porquanto pressupõe que seu desenvolvimento e viver seja previamente estabelecido e ordenado pela ordem natural, dirigindo-lhe para um bem comum, um fim próprio.

<sup>146</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 307

<sup>147</sup> FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais do direito*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 903-940

<sup>148</sup> HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 206

O renomado juspositivista Hans Kelsen faz interessante dissertação acerca da diferenciação entre as duas correntes, sustentando uma filosofia jurídico-normativa:

Para a questão da validade do direito, isto é, para a questão de saber se suas normas devem ser aplicadas e acatadas, é decisiva a relação que se pressupõe entre justiça e direito. Sobre este ponto apresentam-se-nos duas concepções diametralmente opostas. Segundo uma delas, um direito positivo apenas pode ser considerado como válido na medida em que a sua prescrição corresponda às exigências da justiça. Direito válido é direito justo: uma regulamentação injusta da conduta humana não tem qualquer validade e não é, portanto, direito, na medida em que se deva entender por direito apenas uma ordem válida. Quer isto dizer que a validade da norma de justiça é o fundamento da validade do direito positivo. Segundo a outra concepção, a validade do direito positivo é independente da validade da norma de justiça. Um direito positivo não vale pelo facto de ser justo, isto é, pelo facto da sua prescrição corresponder à norma de justiça – e vale mesmo que seja injusto. A sua validade é independente da validade de uma norma de justiça. É esta a concepção de positivismo jurídico, e tal é a consequência de uma teoria jurídica positivista ou realista, enquanto contraposta à doutrina idealista.<sup>149</sup>

Para Kelsen, “a decisão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nos tomamos para base de nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas”<sup>150</sup>.

Uma sociedade plural, com a enorme heterogeneidade de opiniões públicas, não se sustenta ante um direito natural. A norma seria flexibilizada de acordo com características pessoais do intérprete do direito. Isto porque, enquanto, para determinada parte da sociedade, ou para o indivíduo inserto na posição de magistrado, determinada conduta humana pode ser compreendida como inata ao homem, para outros indivíduos, pode ser totalmente injusta, não natural, imposta por uma norma jurídica sem o mínimo respaldo de validade. Não haveria, em última análise, segurança jurídica; porque não haveria certeza de imputação normativa; de subsunção.

Desta feita, a perspectiva jusnaturalista não se sustentaria em nenhuma sociedade em que haja diversidade de opiniões sobre determinado tema – o que, conforme já vimos, é uma característica inata à sociedade, a pluralidade divergente de aspirações individuais.

Com efeito, quando o jusnaturalismo utiliza-se da razão humana inata ao homem como método validativo da norma jurídica, sacrifica a previsibilidade de aplicação normativa, inata à uma concepção de direito enquanto ciência, e, para Kelsen, fundamental para pacificação social, porquanto estável. Ora, o subjetivismo da auto reflexão do intérprete abriria perigoso terreno incerto, variável de acordo com o intérprete do caso concreto. Não

<sup>149</sup> KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito natural*. 2ª edição. Coimbra: Sucessor, 1979. P. 89-90

<sup>150</sup> KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito natural*. 2ª edição. Coimbra: Sucessor, 1979. P. 168

haveria previsibilidade, certeza de imputação normativa e sanção jurídica, porquanto determinado intérprete (magistrado) pode entender que a conduta encontra respaldo no direito natural; e outro intérprete divirja, de acordo com sua auto reflexão.<sup>151</sup> Ao incidir na conduta do tipo legal, o sujeito não teria a certeza da aplicação normativa, com aplicação da sanção que lhe é correlata. Não há previsibilidade; não há segurança.

Através dessas críticas ao jusnaturalismo que nasce uma nova corrente teórica, que visa expurgar do direito qualquer subjetividade existente, tornando-o um sistema fechado, científico, metodológico e, acima de tudo, previsível.<sup>152</sup>

O juspositivismo origina-se da transposição da doutrina de ciência positiva de Auguste Comte no século XIX, ao campo do direito, com Hans Kelsen, em meados do século XX.

O que Auguste Comte buscou em seu Curso de Filosofia Positiva, escrito entre 1830 e 1842, foi formular um estado positivo de evolução humana, onde, através do triunfo da ciência, seria capaz a compreensão de toda manifestação humana e natural. Para o francês, é impossível a redução de todos os fenômenos naturais a um só princípio, como Deus ou a natureza. A verdadeira unidade do conhecimento se dá mediante aplicação de uma idêntica metodologia investigativa para as questões em análise. Sua filosofia “se propõe a sistematizar, tanto quanto possível, toda a existência humana, individual e sobretudo coletiva [...]”<sup>153</sup>. Dispensa a investigação da causa geradora do fenômeno, limitando-se tão somente a analisar a vinculação entre fenômenos.

Aí porque, no âmbito do direito, o desinteresse na investigação proposta pelo jusnaturalismo acerca do fundamento, da validade normativa. Isso porque não tem relevo, por exemplo, que a vida seja um direito natural, um direito inato ao homem, ou provindo da

---

<sup>151</sup> Assinala Pontes de Miranda: “O que o juiz reputa por bom ou mau, ainda que livre do formalismo da interpretação da vontade do legislador ou da lei, não pode oferecer nenhuma segurança. Tal critério põe acima de tudo o sentimento subjetivo, que não é menos arbitrário.” (MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito*. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2005. P. 159)

<sup>152</sup> [...] o ideal do positivismo jurídico é manter a teoria do Direito Positivo livre da influência de qualquer tendência política ou, o que redundaria no mesmo, de qualquer julgamento subjetivo de valor. [...] Ele sobretudo se recusa a apoiar quaisquer interesses políticos sob o pretexto de interpretar o Direito positivo ou de fornecer a sua necessária correção através de uma norma de Direito natural, fingindo que tal norma é Direito positivo, quando, na realidade, ela está em conflito com ele. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 626)

<sup>153</sup> COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva: discurso sobre o espírito positivo; discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; catecismo positivista*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. P. 100

divindade etc. O que tem importância é que o direito a vida está tutelado no sistema jurídico através de uma série normativa (vedação ao homicídio, por exemplo).

E é também nessa esteira que os juspositivistas vão sustentar que justiça consiste na isonomia de subsunção: aplicação da mesma metodologia científica (aplicação do direito, com sanção aos casos transgressores de suas normas) aos casos iguais (igualdade de fatos e destinatários, isonomia).

Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>154</sup> investiga uma interessante origem histórica para o surgimento dessa teoria. O positivismo jurídico não pretendeu apenas cientificar o direito enquanto ciência metodológica, mas, principalmente, fomentar uma segurança jurídica, evitando o arbítrio do poderio que vinha acontecendo até a Revolução Francesa em 1789. E é por isso que surge, logo em seguida, a Escola da Exegese na França, pregando uma interpretação extremamente legalista, a fim de afastar as influências externas de poder.

[...] teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos, descambando, por fim, para o chamado ‘positivismo legal’, com a autolimitação da Ciência do Direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da ‘estabilidade do direito’<sup>155</sup>

De qualquer sorte, como bem nos mostra Acácio Vaz de Lima Filho, podemos resumir a filosofia positivista à “franca hostilidade contra tudo que não fosse passível de demonstração científica”, que era denominado, assim, de fator metafísico.<sup>156</sup>

Ora, Hans Kelsen com sua obra icônica, a famigerada Teoria Pura do Direito, publicada em 1934, pretendeu cientificar o direito, tornando-o uma ciência autônoma, distanciada de qualquer outra<sup>157</sup>. Concebe-se o direito como um sistema fechado em si mesmo. E, dentro dessa concepção, seria inviável inserir um fator externo de validação da norma jurídica. A norma valida-se em si mesma. O ordenamento é metalinguístico: origina-se

<sup>154</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1995. P. 32

<sup>155</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1995. P. 32

<sup>156</sup> VAZ DE LIMA FILHO, Acácio. Os fundamentos doutrinários da Escola Positiva. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 15, jan-jun 2005. P. 63-81

<sup>157</sup> Segundo o próprio Kelsen na introdução de sua obra: “Nesse momento, há mais de duas décadas que venho desenvolvendo uma teoria jurídica pura, ou seja, imune de qualquer ideologia política e de qualquer elemento oriundo das ciências naturais, uma teoria cônica de sua própria natureza, porquanto consciente das propriedades de seu objetivo. Desde o início era esse o meu objetivo: elevar a disciplina jurídica, que – manifestamente ou de modo velado – encontrava-se equivocadamente extraviada nos meandros do raciocínio de política jurídica, ao nível de uma verdadeira ciência, de uma ciência do espírito. Era o caso buscar o aprimoramento de suas tendências destinadas não à construção, mas ao conhecimento do direito e reaproximá-lo a todo curso do ideal de objetividade e de precisão inerente a toda ciência.” (JESTAEDT, Matthias. *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen*. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, número 106, jan-jun 2013. P. 13-67)

de si mesmo, através da norma hipotética fundamental<sup>158</sup>, e encontra sua validade também em si mesmo.

O ordenamento jurídico é justo por si só. Para os juspositivistas, como nos ensina Kelsen<sup>159</sup>, “justiça significa legalidade; é justo que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seus conteúdos, esta regra deva ser aplicada.”. Há um reducionismo de justiça à mera subsunção legal, à aplicação da lei, que, por si só, é justa.

Para a generalidade dos seguidores do positivismo jurídico, o direito se reduz a uma imposição da força social, e a justiça é considerada um elemento estranho à sua formação e validade. Para alguns, como Kelsen, os critérios da justiça são simplesmente emocionais e subjetivos e sua determinação deve ser deixada à religião ou à metafísica.<sup>160</sup>

Outro positivista, Herbert Hart, se posiciona no mesmo sentido, defendendo que justiça é a observância do princípio da isonomia:

Dizer que a norma que reprime o homicídio é aplicada justamente é dizer que é aplicada imparcialmente a todos aqueles e só àqueles que são semelhantes, aos praticarem o que a lei proíbe; nenhum preconceito ou interesse impediu o órgão aplicador de os tratar da mesma maneira.<sup>161</sup>

Concebendo a justiça como um sentimento pessoal<sup>162</sup>, o único cenário em que haveria de se falar em injustiça seria o caso de ausência de aplicação igualitária da lei para os incursos na conduta descrita pelo ordenamento. Há uma objetivação da concepção de justiça, permanecendo o juspositivismo fiel à sua origem: repelir qualquer elemento metafísico.

Com efeito, “a questão sobre se a lei de um certo país ou a decisão de uma determinada corte é ‘justa’ depende da ideia de justiça, admitida pela mente de quem

---

<sup>158</sup> “Portanto a sua função [da norma fundamental] é, em primeiro lugar, estabelecer uma autoridade legisladora suprema: trata-se acima de tudo, de uma função de delegação. Contudo, ela não se esgota nisso. A norma fundamental não proclama simplesmente que tudo o que essa autoridade criou deve ser Direito porque foi criado por essa autoridade e que, portanto, nada mais pode ser Direito. Ela também contém a garantia de que tudo o que foi assim criado pode ser compreendido como significativo. Ela estabelece que se deve agir em obediência aos comandos da autoridade suprema e das autoridades por ele delegadas, e que esses comandos devem ser interpretados como um todo significativo”. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.P. 579)

<sup>159</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.P. 20

<sup>160</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P 162

<sup>161</sup> HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P 175

<sup>162</sup> É o que nos ensina Renato Poltronieri ao concluir: “Na realidade, nota-se que a justiça é uma sensação, um sentimento, relacionados a uma ação individual ou coletiva.” (POLTRONIERI, Renato. *Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual*. São Paulo: Edição do Autor, 2012. P. 28)

responde, e essa ideia de justiça está baseada na função emocional dessa mente”<sup>163</sup>, como preleciona Hans Kelsen.

Luis Roberto Barroso<sup>164</sup> elenca as características principais desse sistema juspositivista: aproximação entre direito e norma; estabilidade do direito; completude do ordenamento; e a formalidade subsuntiva – todas corroborando para a criação de uma metodologia científica fechada e “metajurídica”, porquanto fundada em si mesma.

Ao sopesar ambas as teorias, Vicent Ráo<sup>165</sup> nos traz interessante ponto, ao aduzir que o direito natural, ainda que assim não seja denominado, está sempre presente. Isto porque encontra-se na parcela de direitos individuais, como os direitos à personalidade, à dignidade humana, que não são passíveis de expropriação pelo direito posto pelo Estado.

É essa a principal razão para que Tércio Sampaio Ferraz Jr<sup>166</sup> sustente um enfraquecimento na dicotomia desses modelos teóricos, sustentando que a promulgação de direitos naturais como direitos fundamentais positivados, como um “conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos, aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc.” teria acarretado sua “trivialização”, ou seja, uma indiferença na divergência teórica de suas origens, vez que, seja como for, uma vez positivados, estão dotados de aplicabilidade, de força normativa.

De qualquer sorte, o estudo desses sistemas teóricos de concepção de direito e justiça se mostram de relevo, porquanto o sistema atual, que será abordado no capítulo seguinte, funda-se no hibridismo de ambos.

Como visto, o escopo maior, o norte da teoria juspositivista é conferir *segurança jurídica*, isto é, previsibilidade e estabilidade ao direito.

Como se verá ao longo dessa monografia, essa viga-mestra da segurança jurídica, desdobra-se, na vertente da previsibilidade, no repúdio da hermenêutica investigativa, zetética, problematizadora, sustenta um fetichismo legal – e alguns tipos interpretativos

---

<sup>163</sup> KELSEN, Hans. *apud* MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P 162

<sup>164</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P 240

<sup>165</sup> RAO, Vicent. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª edição. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. P. 51

<sup>166</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 171

extremamente submetidos à norma jurídica, como o gramatical, literal, lógico etc. – e, na vertente da estabilidade, no instituto da coisa julgada.

Mas o juspositivismo não é isento de crítica. Senão vejamos.

A principal crítica que pode ser feita a esse modelo teórico reside na obsolescência do direito acarretada por ser um sistema fechado, alienado das demais ciências e da realidade social em que está inserto, com norma desvinculada dos valores de Justiça do sistema<sup>167</sup>.

A aplicação do direito, assim, pode gerar injustiças – o juspositivismo isto admite ao extirpar a reflexão acerca de justiça, aproximando de forma equivalente o texto normativo (sinônimo de norma) do valor Justiça.

Ao fundar-se em si mesmo, com a retirada de qualquer valoração, prescinde-se de uma investigação da *mens legis* ou da *mens legislatoris*, tornando o direito uma ciência abstrata de aplicação de sanções: um mero silogismo subsuntivo. É aquilo que Renato Poltronieri denomina de “fato-antecedente-ato-consequente”<sup>168</sup>: tendo ocorrido o fato de relevo jurídico, há incidência normativa, com a sanção jurídica.

Porquanto toda a teoria é fundada na imputação: incursão normativa à ação do homem, não prezando-se a investigar a razão da ação, tão pouco, e de extremo relevo, a circunstância social da ação.

A viga-mestra desse sistema, que justiça é seguir a lei mostra-se de extrema preocupação do direito enquanto tutor da pluralidade e harmonizador social. Negando qualquer investigação axiológica de valores da norma, o juspositivismo foi amplamente utilizado pelos regimes totalitários do século XX.

A corrente positivista retira do ordenamento jurídico o conteúdo moral, baseado em valores, e introduz a validade como mecanismo para alcançar a justiça. Nessa esteira, cumpre esclarecer que os ideais de justiça pregados pelo jusnaturalismo (com base em um direito metafísico - divino) não são tidos com a mesma relevância na doutrina positivista, a qual dita como direito justo aquele formalmente codificado, posto à sociedade, mesmo que num caso concreto culmine em uma injustiça.

---

<sup>167</sup>“O reducionismo do juspositivismo fez crer que o direito se limitaria apenas às normas estatais. Por isso não se tem compreendido a necessidade – profunda e crítica – de entender o direito nas grandes contradições sociais.” (MASCARO, Alysso Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. P. 198)

<sup>168</sup> POLTRONIERI, Renato. *Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual*. São Paulo: Edição do Autor, 2012.

Assim sendo, para esta corrente, o dever de cumprir os textos normativos passa a ser o direito legalmente aceito, considerando os indivíduos subordinados a um poder emanado pela ciência do direito, totalmente vinculados a letra fria da lei.<sup>169</sup>

Orlando Villas Boas Filho, ao analisar o conceito de sistema social sob a ótica da teoria sistêmica de Luhmann, nos traz interessante ponto, *in verbis*:

Luhmann indaga se a ação poderia ser considerada o elemento constituinte de um sistema social e se poderia ser concebida, ademais, como um elemento constituído/produzido pelo próprio sistema social do que é componente. Para responder a essa pergunta, Luhmann passa a discutir o problema da temporalidade dos sistemas sociais, concluindo que sustentar que tais sistemas são compostos de ação implicaria admitir que seus elementos seriam essencialmente passageiros, isto é, que não teriam densidade temporal suficiente, uma vez que surgem e desaparecem a qualquer instante. Como decorrência, se os sistemas sociais são concebidos como baseados em eventos passageiros, como de fato o são as ações, isso lhe acarretaria problemas específicos em sua auto-reprodução, uma vez que nada garantiria a continuidade de conexão entre as ações, de modo que o sistema poderia acabar a qualquer momento, assim que a última ação chegasse ao final, se não fosse capaz de encontrar conexões com outras ações imediatamente posteriores.<sup>170</sup>

Observa-se uma das (principais) problemáticas do juspositivismo: a limitação temporal da incidência dos institutos jurídicos e a desvinculação da norma à Justiça e aos valores tutelados pelo Direito.

O Direito enquanto sistema fechado, está também alienado da sociedade e suas alterações. O que implica em confessar que direito e sociedade são dois sistemas heterogêneos sem comunicabilidade e inter-relacionamento. O direito não conseguiria se reinterpretar porquanto sua auto-referencialidade não sopesaria a realidade da aplicação normativa, tampouco seus destinatários.

É impossível cogitar-se validamente do direito sem pensar na sociedade sobre que atua e de que recebe o influxo. Direito e sociedade são realidades historicamente situadas, mutáveis e perfectíveis, em que de modo necessário se insere o homem, interagindo com seu semelhante na construção da vida cultural. Não há pois, modo de compreender o direito senão em sua moldura histórica global. A cisão do discurso jurídico, levada a efeito pelo positivismo, luta em vão contra a realidade, impossibilitando a apreensão do significado do direito e amputando as virtualidades de sua aplicação em favor do homem e da sociedade em que vive, cuja permanência e evolução acham-se na dependência da ordem jurídica.<sup>171</sup>

Para Luhmann, o Direito mantém constante relação de interdependência coma sociedade, de forma recíproca, cujo escopo é o ordenamento da própria sociedade, com orientação de condutas no meio social; é, pois, o Direito, um sistema social que constitui parte

<sup>169</sup> GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, volume 82, jan-mar 2013. P. 275-312

<sup>170</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 17

<sup>171</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 91

da sociedade. Este caráter sistêmico do Direito será aprofundado mais adiante nesta monografia.

Isso importa compreender o direito como fundado em ideias, valores (o que será melhor chamado de *princípios*) e não nas ações normatizadas.

A obsessão dogmática científica equivale a deixar construída, *ad eternum*, uma ciência jurídica estável e permanente, ignorando o seu próprio lado substancial, renunciando, assim, a uma maior mutabilidade.

Ademais, aproximar norma e direito, e validar em si mesmo, converte o sistema juspositivista em ideologia de governo: desprezando qualquer investigação acerca do que está positivado e simplesmente considerando-o como justo, é verdadeiro instrumento de dominação social de regimes autoritários, como fascismo e nazismo<sup>172</sup>.

Daí porque a decadência desse sistema é encontrada ao término da Segunda Guerra Mundial, momento em que não se concebe mais um ordenamento jurídico alheio e indiferente a certos valores sociais<sup>173</sup>. Isso porque o culto à supremacia da lei acarretou consequências nefastas aos direitos individuais, que foram usurpados pelo Estado nos regimes totalitaristas, chegando-se em um quadro social semelhante ao Estado ilimitado que ensejou a Revolução Francesa séculos antes.

No positivismo, enunciado normativo e norma se confundem. A aplicação jurídica é meramente silogística, com regras de interpretação que não permitem a construção de uma norma, mas apenas o investigar da norma aplicável. Neste sistema, a lei, o texto, contém em si a norma aplicável ao caso. Tal sistema ignora que o direito deve ser concretizado no caso concreto, extirpando a análise de peculiaridades do caso concreto – justamente em prol de uma máxima segurança jurídica e previsibilidade.<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Adolf Hitler, por exemplo, preconizava a manutenção do direito positivado a qualquer custo, sob pena de um cenário de caos social, *in verbis*: “Como o programa do movimento, na sua mais alta finalidade, é absolutamente justo, mas deve atender ao momento psicológico, com o correr dos tempos, pode-se chegar à convicção de que os indivíduos compreendem mal certas proposições e que receberiam melhor outro programa. Toda tentativa de modificação nesse sentido é, porém, fatal. Com isso, entregar-se-ia à discussão o que se deveria conservar inabalavelmente firme. Uma vez que qualquer ponto do dogma político é afastado, não se chegará a produzir um novo, melhor e mais conforme com o programa mas, ao contrário, marchar-se-á, através de discussões sem fim, para o caos geral.” (HITLER, Adolf. *Minha luta*. [S.l.]: Pensamento, 1925. P. 423)

<sup>173</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P 241-242

<sup>174</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

É buscando solucionar essa celeuma, conferindo ao direito um caráter maior de auto-referencialidade, influenciável por matérias zetéticas, bem como ciências anexas, mitigando a segurança jurídica, notadamente no tangente à previsibilidade, aproximando o Direito da realidade que está inserto, que surge uma nova compreensão do direito enquanto fundado, não mais em si mesmo, mas em valores sociais e princípios fundamentais à sua função contemporânea: trata-se do modelo pós-positivista.

### 2.1.2 Pós-Positivismo e surgimento do Neoconstitucionalismo

O pós-positivismo é a corrente filosófica que deu gênese ao neoconstitucionalismo<sup>175</sup>, que consiste, em suma, em uma nova concepção da Constituição e seu papel na interpretação do ordenamento jurídico, fundando o conteúdo normativo em princípios (valores da sociedade).

Pós-positivismo e neoconstitucionalismo não se confundem: o primeiro consiste em um paradigma filosófico surgido a partir do giro ontológico-linguístico do direito; já o neoconstitucionalismo reside em um fenômeno político-jurídico surgido no pós-guerra.<sup>176</sup>

Como se verá a seguir, o pós-positivismo analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade, de modo que enunciado normativo e norma jurídica não são sinônimos; e o Juiz, enquanto intérprete, cocria a norma, e não é mero aplicador subsuntivo de silogismo. O pós-positivismo impõe uma interpretação da norma – o que, conforme parece ser o mais adequado, deve ser pautada pela Constituição, em interpretação conforme a ela, vez que nela reside a supremacia do sistema. E neste ponto, surge o neoconstitucionalismo, como nova forma de compreensão da Constituição no sistema jurídico.

De extrema atualidade histórica, o pós-positivismo surge especialmente na Alemanha, no constitucionalismo pós-guerra, com a Lei Fundamental de Bonn em 1949<sup>177</sup>; no Brasil, com a Constituição Federal de 1988<sup>178</sup>. O termo pós-positivismo foi cunhado por Friedrich Muller em 1971.<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Por vezes também denominado de “constitucionalismo avançado”, “constitucionalismo pós-moderno” ou “constitucionalismo de direitos”.

<sup>176</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

<sup>177</sup> Que em seu artigo 20, §3º, preleciona: “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.”

<sup>178</sup> Que logo em seu artigo 1º expressa sobre a constituição da República Federativa do Brasil: um Estado Democrático de Direito.

<sup>179</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

Consiste em um modelo de sublimação do jusnaturalismo e juspositivismo. Um híbrido conciliador da axiologia de justiça jusnaturalista com a segurança jurídica juspositivista.

O pós-positivismo não é antipositivista, mas tem por escopo justamente a superação das deficiências do sistema positivista, adequando-o aos avanços da hermenêutica e compreensão do sistema jurídico.<sup>180</sup>

De início, insta frisar que a corrente não encontra uma concepção unitária e estruturada, não havendo conceito unívoco, dada a multiplicidade de pensadores e perspectivas lançadas a seu respeito<sup>181</sup>, à guisa de exemplo cite-se Ronald Dworkin, que pode ser considerado o genitor dessa perspectiva, Robert Alexy, Luis Prieto Sanchis, Luigi Ferrajoli, Miguel Reale, Luis Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Lênio Luis Streck, Eduardo Ribeiro Moreira, dentre tantos outros.

No cenário brasileiro, um dos principais expoentes desse modelo é justamente o ministro do STF, Luis Roberto Barroso<sup>182</sup> que, com objetividade, proclama o escopo desse sistema:

O pós-positivismo é denominação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça, além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos Direitos Fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.

[...]

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

Há um novo debruçar acerca da problemática da justiça<sup>183</sup>; de um valor ético; do direito enquanto instrumento; do direito enquanto efetivador e atento às mudanças da

<sup>180</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

<sup>181</sup> Nesse sentido é que Humberto Ávila (2009) chama a corrente de “neoconstitucionalismos”.

<sup>182</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009; BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport de. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, volume 8, ago 2015.

sociedade, enquanto cocriador de políticas públicas, cocriador da sociedade, mantenedor da harmonia social através de um papel ativo na realidade social.

O pós-positivismo preconiza um fio condutor da interpretação sistemática do direito: os princípios, estes como expressão dos valores da sociedade internalizados no sistema jurídico e dele norteador.

Deve-se atentar ao fato que a corrente denomina-se *pós-positivismo* e não pós-naturalismo. Esse detalhe é do maior relevo: as bases estruturais da teoria é o positivismo jurídico, com todo seu rigor científico, de previsibilidade, estabilidade, com seu sistema de regras voltado à segurança jurídica. Essa posterior teoria objetiva seu aperfeiçoamento, sua superação parcial.

Com efeito, a base permanece o direito positivo, porquanto a base do pós-positivismo, ao menos à luz da teoria neoconstitucionalista, é a Constituição<sup>184</sup>.

Qual então o ponto revolucionário do pós-positivismo? Os expoentes dessa corrente vão superar a ideia que a regra está validada em si mesma (ou em uma norma fundamental hipotética) para uma teoria que a regra está submetida, assim como no jusnaturalismo, a um critério de validade.

Aí porque chamar-se de sublimação: uma teoria híbrida da dicotomia anterior. Logo, a regra não é origem e fim em si mesma.

Há uma distinção entre texto e norma, e uma valoração da interpretação no processo de tomada de decisão e solução.<sup>185</sup> Ante tais razões, há um desvencilhar entre norma e valor: a aplicação silogística do texto, enquanto sinônimo de norma, não conduz à necessária realização da Justiça. Por meio da interpretação, deve-se extrair uma norma do texto que seja justa, adequada ao sistema jurídico e constitucional que está inserta.

---

<sup>183</sup> “A preocupação sobre o justo e o injusto deve ser a mais alta preocupação do jurista. Aquele que disser que não quer trabalhar com os problemas da justiça porque essa é uma questão ideológica, automaticamente já escolheu um lado e tomou partido, ideologicamente, da questão. Sua omissão é uma posição ideológica: quem nada faz pela justiça do mundo não é um técnico neutro; pelo contrário, é um omissor que legitima a injustiça pelas suas mãos lavadas. Quem se nega a fazer juízo de valor sobre a sociedade existente, querendo ser apenas um técnico jurídico, já fez o juízo de valor de apoiar e legitimar esse atual estado de coisas. Portanto não é nem neutro nem técnico. É, deliberadamente, conservador, e lhe agrada o podre cheiro das injustiças sociais presentes. Aquele que não quiser se debruçar sobre as injustiças do mundo não está procedendo a uma opção técnica, imparcial, impessoal.” MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. P. 197)

<sup>184</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012. P. 161-185

<sup>185</sup> ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

Mas essa corrente diferencia-se sobremaneira também do jusnaturalismo: o pós-positivismo utiliza como critério de validade uma própria fonte normativa do ordenamento jurídico, os denominados princípios<sup>186</sup>, que teriam uma base ética construída a partir de uma teoria crítica (filosófica e sociológica) do direito; enquanto o naturalismo utiliza-se de um critério exógeno e metafísico ao direito, os valores naturais ou divinos inatos ao homem.

Por fim, o neoconstitucionalismo não pode ser encarado como uma proposta epistemológica verdadeiramente pós-positivista. Assim, seguindo as trilhas de Friedrich Muller, procuramos anotar que o pós-positivismo não se refere a um anti-positivismo qualquer, mas representa uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada ‘discricionariedade judicial’ – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito<sup>187</sup>

Tal concepção do pós-positivismo, todavia, não está livre de críticas. Parte da doutrina contesta esse avanço teórico, criticando ferrenhamente o subjetivismo axiológico que o pós-positivismo permite:

Na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito (mera estratégia deslegitimadora, portanto, que não faz jus ao brilho intelectual dos que a utilizam). Nesse ponto, não tiveram a coragem e a capacidade teórica de Dworkin, que não apenas assume o seu antipositivismo, como, também, oferece-lhe uma alternativa teórica (o direito como integridade), da qual se pode (e, a meu ver, se deve) discordar, mas não se pode negar a consistência. Vislumbram-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que “não despreza o direito posto”, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado.<sup>188</sup>

A maior crítica ao pós-positivismo é a mesma que se faz à utilização de princípios em um sistema: a insegurança jurídica pela ausência de previsibilidade.

Enquanto a validade do direito positivo para uma perspectiva jusnaturalista está submetida a uma reflexão individual e subjetiva de valores naturalmente conferidos ao homem, no pós-positivismo, a validação se dá mediante uma análise dos valores tutelados

<sup>186</sup> Daí porque o princípio é denominado por essa corrente neoconstitucionalista de supranorma, estrela-guia, norte, viga-mestra etc.

<sup>187</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, volume 7, número 12, jan-jun 2015.

<sup>188</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 281

pelo próprio ordenamento jurídico vigente, através de uma investigação hermenêutica. “A Constituição possui princípios de justiça.

Em uma perspectiva sistêmica e Constitucional, a validade da norma surge a partir da sua conformação com a Constituição e o ideal de justiça nela estabelecido. O Direito vale se é justo.”<sup>189</sup>

Nas palavras de Georges Abboud:

No Brasil, temos que o neoconstitucionalismo acabou sendo cristalizado como uma postura teórica antiformalista que aposta no protagonismo do poder judiciário para a concretização de direitos; na fórmula da ponderação como alternativa ao dogma da subsunção; e no império moral dos princípios, entendidos como valores constitutivos da comunidade.<sup>190</sup>

O neoconstitucionalismo preconiza, portanto, que o ordenamento jurídico é composto de normas, que se subdividem em duas espécies de natureza complementar: regras e princípios. E mais: a viga-mestra é o entendimento que a Constituição tem um impacto em todo o sistema jurídico, exigindo-se, conforme será abordado em capítulo próprio, uma interpretação sistemática-integrativa.

Mas já se adianta o principal efeito desse novo modelo: uma completa constitucionalização do direito em todos os seus âmbitos.

Esse ponto importa em considerar que o neoconstitucionalismo é, antes de tudo, uma política interpretativa de consequência da adoção de um modelo jurídico em que a Constituição dita prescrições normativas, se distinguindo, sobretudo, pelo método da ponderação de interesses. E essa nova hermenêutica jurídica advém da utilização principiológica.

O reconhecimento da força normativa dos princípios e sua hierarquização sistêmica é o distintivo do pós-positivismo. Ademais, para o neoconstitucionalismo, são os princípios que fundamentam as regras jurídicas, que deles derivam. Isso porque o princípio é o critério de validade da regra jurídica.

---

<sup>189</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012. P. 161-185

<sup>190</sup> ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, volume 7, número 12, jan-jun 2015.

Conforme nos ensina Luis Roberto Barroso<sup>191</sup> o neoconstitucionalismo está fundamentado, no plano teórico, em três grandes transformações, a saber: o reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>192</sup>; a expansão da jurisdição constitucional<sup>193</sup>; e o desenvolvimento de uma nova dogmática hermenêutica.<sup>194</sup>

Tais mudanças ocorrem, segundo Humberto Ávila<sup>195</sup>, pelas alterações paradigmáticas trazidas pelo neoconstitucionalismo, que estabeleceu novos embasares, como “o normativo (‘da regra ao princípio’); o metodológico (‘da subsunção à ponderação’); o axiológico (‘da justiça geral à justiça particular’) e o organizacional (‘do poder legislativo ao poder judiciário’)”.

Trata-se de uma nova acepção do direito enquanto sistema autoreferente que acarreta uma distinta interpretação hermenêutica, aplicação das regras e criação de um modelo constitucional de processo, todas estas características, e especialmente essa última, de incidência no âmbito processual.

A força normativa da Constituição, que, obviamente, engloba o reconhecer da força normativa não somente de suas regras, mas também de seus princípios, é o ponto-chave dessa nova concepção de direito. Trata-se da superação da compreensão da Carga Magna como um instrumento meramente político, pauta norte ao legislativo, para um documento de cunho jurídico, outorgando ao judiciário papel de relevante ator para concretização de seu conteúdo.

Ainda, nesse tema, podemos perceber que o neoconstitucionalismo acarretou uma forte alteração no papel do poder judiciário, relativamente ao defendido pelos juspositivistas.

Aduz Paulo Hamilton Siqueira Junior:

Na teoria contemporânea do Direito verifica-se uma renúncia clara da neutralidade do jurista teórico a favor de uma atividade comprometida com o desenvolvimento dos valores consagrados na Constituição que tem como cerne a concepção do Estado como um marco justo e legítimo para o exercício do poder. Essa vertente da Constituição se vê fortalecida pela carga ideológica--axiológica e pela dimensão

---

<sup>191</sup> BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport de. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, volume 8, ago 2015.

<sup>192</sup> Ultrapassando um viés essencialmente político, dando base a uma nova dogmática hermenêutica.

<sup>193</sup> Para o autor em comento, pode ser percebida através do controle de constitucionalidade difuso; e, no concentrado, através do extenso rol de possibilidades do STF exercer esse controle.

<sup>194</sup> Para o ministro, dotada de princípios próprios: supremacia da Constituição; presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público; da interpretação conforme; da unidade; da razoabilidade e da efetividade.

<sup>195</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 17, jan-mar 2009.

dirigente dos modernos textos constitucionais. As normas jurídicas possuem conteúdo axiológico.<sup>196</sup>

A força normativa da lei maior implica em reconhecer que “a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla” e mais do que isso, que “a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis”, como ensina Luis Roberto Barroso<sup>197</sup>.

Fica evidente, assim, que, o neoconstitucionalismo insere a Constituição como estrela-guia do sistema jurídico, alcançando-a como critério validador do sistema: as interpretações, e, por conseguinte, aplicações do Direito, submetem-se a ela como validadora.

Isto porque o neoconstitucionalismo busca valores para legitimar a norma jurídica – não mais a norma hipotética fundamental de Kelsen, que sequer poderia ser discutida. E esses valores, da sociedade e da Justiça, são expressos por meio de princípios jurídicos; previstos, sobretudo, na Constituição Federal.

Princípios são normas jurídicas que expressam, de algum modo, dentro do sistema jurídico, valores relevantes à sociedade ou à própria Justiça.

Trata-se de um modelo de compreensão do direito e de suas normas, traduzindo-se, em última análise, em um sistema de interpretação. O surgimento do positivismo jurídico no século XX também não encontrava respaldo direto no sistema interpretativo até então vigente (um sistema jusnaturalista, impregnado de subjetivismos das mais variadas ordens filosóficas). Não se pode negar a existência de uma nova maneira de compreender as mesmas coisas já existentes na realidade. É possível compreender o direito e suas normas – inclusive a Constituição – sob qualquer ótica, seja jusnaturalista, juspositivista ou pós-positivista. O objeto é o mesmo – direito e suas normas –, alterando-se apenas a maneira de compreendê-lo, o seu enfoque.

A crítica mais contundente ao sistema pós-positivista é encontrada nas lições de Calmon de Passos<sup>198</sup> e Hécio Ribeiro<sup>199</sup>, ao afirmarem que o pós-positivismo apenas

---

<sup>196</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012. P. 161-185

<sup>197</sup> *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>198</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, número 18, jun-ago, 2009.

substitui a dogmática do amparo da lei, por um positivismo da constituição; que, ademais, seria mero positivismo a nível constitucional.

Contudo, podemos observar uma singela diferença teórica: no juspositivismo o escopo era tornar o direito uma ciência fechada, segura, previsível, estável – era metajurídica; enquanto o pós-positivismo inseriu um componente externo, de natureza axiológica, no sistema jurídico: um valor de justiça, extraído de um híbrido entre direito e sociedade. O pós-positivismo apresenta uma preocupação axiológica, provocando o intérprete na reflexão a respeito da Justiça daquela interpretação e aplicação jurídica.

Com o neoconstitucionalismo, volta-se a discutir a legitimidade da norma jurídica, com um debate além da dogmática jurídica pura, abarcando outras áreas como filosofia e sociologia. O próprio Miguel Reale ao introduzir sua Teoria Tridimensional do Direito, propõe uma análise conjunta e concomitante entre fato, valor e norma, usando-se da sociologia, filosofia e do direito, respectivamente.<sup>200</sup>

Os bons ventos do neoconstitucionalismo trouxeram outra mudança de peso à concepção de direito e justiça: a primazia da justiça particular do caso concreto à justiça geral abstrata da letra normativa. Isso implica em dotar o poder judiciário de importante papel enquanto cocriador do direito – juntamente ao legislativo – o que convencionou-se em chamar de ativismo judicial<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> RIBEIRO, Hércio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001. P. 152

<sup>200</sup> Segundo Miguel Reale “fatos, valores e normas se implicam e se exigem reciprocamente, o que, como veremos, se reflete também no momento em que o jurisperito (advogado, juiz ou administrador) interpreta uma norma ou regra de direito (são expressões sinônimas) para dar-lhe aplicação”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 66)

<sup>201</sup> “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” (BARROSO, 2015b) Inocência Marites Coelho, assim como parte da doutrina, também se posiciona favorável ao ativismo judicial, ao defender sua legitimidade, como sendo uma atividade natural do magistrado, derivada da ideia que na aplicação da lei, o legislador não é o autor material, sendo sua vontade, em verdade uma energia que se regenera continuamente ao infinito, diante das aplicações normativas MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97). De outra sorte, há diversos autores críticos ao ativismo judicial: “Não só a prática efetiva do ativismo consequencialista no Judiciário é pernicioso. É evidente como essa ideia ronda também o imaginário popular e midiático do país: decidir conforme a lei e a Constituição, ainda que beneficie nossos “inimigos” ou prejudique nossos “amigos” virou razão de descrédito. Esse sintoma é crítico. Na democracia constitucional brasileira, tem sido criado um sentimento

Há uma superação do modelo clássico científico do positivismo jurídico: em que cada fato enseja apenas uma subsunção normativa, em observância máxima à previsibilidade. No neoconstitucionalismo, “o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis”<sup>202</sup>

O magistrado cocria (integra, pondera, sistematiza), através de uma investigação hermenêutica, o direito ao caso *sub judice*, visando diminuir o desajuste existente entre quadro social e o sistema normativo, aproximando a letra normativa à realidade de seus destinatários ali presentes<sup>203</sup>

Há um Estado Constitucional de Direito: o centro não é mais o poder legislativo, mas sim a Constituição, que dada sua normatividade e superioridade hierárquica, impõe que todo o sistema jurídico seja interpretado a partir dela.

Daí porque, do ponto de vista histórico, temos a superação de um Estado Legislativo (justiça é lei), preconizado pelo positivismo jurídico; no patamar filosófico, o pós positivismo; e no plano teórico o reconhecimento da força normativa da Constituição e a

---

social-midiático de emparedamento dos julgadores fazendo com que eles se inibam em proferir decisões que poderiam desagradar a opinião pública ou a sociedade, vista numa perspectiva majoritária. Por essa razão, sempre reiteramos, nossa crítica ao ativismo judicial é antes de tudo a defesa do próprio Judiciário, para garantir sua independência decisória à luz da autonomia do direito. É para garantir aos juízes que eles possam decidir sem serem capturados pela economia, política ou clamor popular”, nas palavras de Georges Abboud, por exemplo. (ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, Vol 1009. Nov 2019. P. 123-135). Cesar Cipriano de Fazio também elenca as diversas concepções de ativismo judicial: “O ativismo judicial, não obstante reiteradamente referido sem adjetivação, comporta tratamento doutrinário sob dois enfoques [...] Sob um primeiro enfoque, mais facilmente admissível nos limites do sistema jurídico, a doutrina considera como postura ativista a interpretação das leis e apreensão dos valores legais e constitucionais para a solução juridicamente fundamentada dos casos concretos, com visão progressista, evolutiva e até “reformadora” (expressão que quase transborda para o segundo enfoque), segundo a qual o juiz não figura no âmbito da mera subsunção ou aplicação da lei, tampouco como mera “boca da lei”, mas nesta encontra seus limites. Porém, sob um segundo enfoque, que não seria admissível pelo sistema jurídico constitucional, senão excepcionalmente e sob os rigores de controle argumentativo-racional a seguir exposto, o ativismo seria considerado como arbitrariedade judicial, na forma de discricionariedade em sentido forte ou totalmente desvinculada, acolhida apenas por concepções filosóficas do positivismo jurídico tradicional. Também pode o ativismo judicial ser tratado sob o âmbito processual ou material, sendo que no processo ele é contraposto ao que se convencionou chamar de garantismo processual. Cumpre notar que a análise e conclusões deste trabalho se aplicam tanto ao âmbito material, quanto no âmbito processual do ativismo judicial.” (FAZIO, Cesar Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 939. Jan 2014. P. 109/126)

<sup>202</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Acesso em: 25.10.2020

<sup>203</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 153

criação de um novo modelo de hermenêutica; - eis os marcos do surgimento do neoconstitucionalismo.

Zygmunt Bauman ao discorrer sobre sua tese da liquefação moderna – o sociólogo sustenta que vivemos hodiernamente em uma “modernidade líquida”, causada pelo “derretimento dos sólidos”, das certezas intangíveis e imóveis outrora existentes na sociedade, como as molduras impostas pelas diferentes instituições – vai ao encontro a uma constante necessidade de atualização dos conceitos jurídicos.

Chegou a vez da liquefação dos padrões de dependência e interação. Eles são agora maleáveis a um ponto que as gerações passadas não experimentaram e nem poderiam imaginar; mas, como todos os fluídos, eles não mantêm a forma por muito tempo. Dar-lhes forma é mais fácil que mantê-los nela. Os sólidos são moldados para sempre. Manter os fluídos em uma forma requer muita atenção, vigilância constante e esforço perpétuo – e mesmo assim o sucesso do esforço é tudo menos inevitável. [...] Transformações sucessivas de seus significados e aplicações práticas são exploradas (ainda que de maneira muito fragmentária e preliminar) com a esperança de salvar os bebês do banho dessa torrente de água poluída.<sup>204</sup>

Isso implica em atribuir à essa atualização de significados – função da hermenêutica jurídica – não apenas uma relevante, mas também árdua função. Em tempos de constantes transformações (liquefações), cabe a ela manter o estado líquido, isto é, a ininterrupta atualização do conceito, sem que ele se solidifique de maneira imutável; ou ainda, metaforicamente, se evapore, destituindo-se de qualquer aplicação prática, de qualquer relevância na sociedade.

E daí porque o sistema jurídico necessita de conceitos abertos e interpretáveis – como os princípios – para que permaneça em constante atualização interpretativa; abandonando-se a rigidez alienada das regras jurídicas pura e simplesmente aplicáveis, em descompromisso com a sociedade e com os valores da justiça; como preconizava a cientificidade do positivismo jurídico.

Sobre a diferença entre os estados líquido e sólido, discorre Bauman no sentido que

os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluídos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos tem dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluídos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço, que, afinal, preenchem apenas ‘por um

---

<sup>204</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. P. 14-15

momento'. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa.<sup>205</sup>

Podemos aí encontrar interessante paralelo com uma mudança da visão do direito para com a sociedade: no juspositivismo, o direito é visto como um sólido; no pós-positivismo, como um líquido.

Em sede de conclusão, podemos observar que esse modelo neoconstitucionalista está mais alinhado com a realidade social que o banha, sopesando uma aplicação normativa ao caso concreto, ao seus destinatários; e atualizando seus institutos a fim de extinguir – ou pelo menos minimizar – o descompasso com a sociedade. Isso porque vale-se de conceitos jurídicos abertos, moldáveis ao caso concreto: os princípios.<sup>206</sup>

### 2.1.3 A força normativa dos princípios jurídicos

A função do Direito é, em uma análise finalística, é a harmornização social, a pacificação do conflito na sociedade, utilizando-se, para isso, de uma constante (re)interpretação de seus institutos, a fim de permanecer materialmente válido em relação aos valores da sociedade.

Já observamos que não são todos os valores – ou princípios – da sociedade que recebem o respaldo jurídico. Aos que recebem, denominamos de princípios jurídicos.

Como se sustentou, princípios são normas jurídicas que expressam, de algum modo, dentro do sistema jurídico, valores relevantes à sociedade ou à própria Justiça.

Princípio origina-se do latim *principium*, tendo por significado a ideia de originário, ponto de partida, regra primária, início. O tratamento jurídico foi – e ainda é – tormentoso. Faz-se por bem um breve retrospecto histórico justamente acerca do início do princípio.

---

<sup>205</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. P. 8

<sup>206</sup> “A valorização dos princípios, a adoção de métodos mais abertos na hermenêutica jurídica, os juízos de ponderação e a constitucionalização do direito, características centrais dessa corrente doutrinária, são os mecanismos utilizados pelos neoconstitucionalistas para interferir na realidade social. Ao contrário da maioria das regras jurídicas, que já prescrevem as suas hipóteses de incidências e consequências, as cláusulas constitucionais, em razão de sua plasticidade, permitem que a interpretação constitucional seja utilizada como instrumento privilegiado de mudança da sociedade que independe das vicissitudes do processo político.” (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2012. Tese. Direito do Estado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 36)

À época da Escola da Exegese, na França, no século XIX, umas das primeiras correntes organizadas que objetivava a interpretação do Direito, os princípios gerais do Direito eram concebidos dentro de uma perspectiva positivista, como mero silogismo de premissas (argumentos *a maiori ad minus* e *a minori ad majus*). Parte dos estudiosos, como Luis Roberto Barroso<sup>207</sup>, ao se referirem a essa escola, utilizam-se do termo “fetichismo legal”, sustentando um formalismo exacerbado; e de fato assim o era – o juiz era mero aplicador da lei. Esse juspositivismo exacerbado suprimiu qualquer papel interpretativo do judiciário e pregava um rigor científico na aplicação dos institutos legais. Havia uma fidelidade da aplicação normativa com a intenção original do legislador, cabendo ao poder judiciário mera aplicação do método gramatical literal de interpretação<sup>208</sup>. Os princípios gerais do Direito eram, então, reflexos de subsunção, da adequação do caso concreto à norma. Podemos inclusive chamar de Princípios Gerais do Direito Positivo, vez que só podia se falar em princípio se derivado do ordenamento positivado aplicado: eram regras gerais pela reiterada subsunção normativa.

Diante do declínio do jusnaturalismo, os princípios gerais do Direito acabariam funcionando como “válvula de segurança” – isto é, seriam razões extraídas a partir do texto normativo, e não anterior, superior ou distinto daquele, apenas para garantir que o aplicador pudesse estender a eficácia do próprio texto normativo a situações não regulamentadas explicitamente<sup>209</sup>

Os positivistas viam os princípios gerais do direito como um fantasma da volta do subjetivismo do jusnaturalismo. Tentaram, então, reduzi-los em sua origem: só era princípio do direito o que derivava do direito positivo, sendo esta a sua gênese: “Os princípios gerais de Direito são [...], em primeiro lugar, os que derivam das normas particulares do ordenamento jurídico, por via de indução [...]”<sup>210</sup>

Este receio não procede: não há de se confundir o uso interpretativo dos princípios como um resgate de todo subjetivismo norteador do direito natural. Isso porque, conforme exaure o positivista Renato Poltronieri:

Os princípios gerais do direito advém de valores sociais que foram positivados e, por isso, tem caráter jurídico (não são meros preceitos de ordem moral ou econômica).

<sup>207</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 327

<sup>208</sup> Que nas lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr, consiste em obter o correto significado da norma a partir da conexão e da ordem das palavras no texto legal. (FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 287)

<sup>209</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 40

<sup>210</sup> BATALHA, 1957, *apud* FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais do direito*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 109

Por conseguinte, devem ser extraídos do próprio ordenamento. O aspecto abstrato de um princípio não significa a possibilidade de inserções de cunho metafísico, não se confundindo com inclinações pessoais deste ou daquele intérprete. Contrapondo os “princípios do direito natural” aos princípios gerais do direito positivado”, teríamos, como exemplo ilustrativo do primeiro algo completamente subjetivo, como *bonum faciendum* (o bem deve ser feito), enquanto que um princípio extraído do ordenamento jurídico seria *pacta sunt servanda* (o pactuado deve ser mantido) numa referência às normas que regem os contratos.<sup>211</sup>

Insta frisar, todavia, que o positivismo clássico de Kelsen repele qualquer incorporação dos princípios ao ordenamento jurídico. É somente com Herbert Hart e seu positivismo moderado que se reconhece a existência de direito e moral, abrandando a teoria clássica e permitindo o uso dos princípios, nos termos acima expostos.

É o que observamos posteriormente, na Escola da Livre Pesquisa do Direito, em que temos uma relativização dessa fechada conceituação clássica, com François Géný:

A falta destes dois primeiros meios (a tradição e o costume) tendentes a descobrir diretamente, com maior ou menor segurança, a ideia mestra da lei, deve-se lançar mão dos meios indiretos. Consultar-se-á a equidade, não em si como fonte imediata de interpretação, mas tendo em vista reconhecer as considerações de justiça e de utilidade, que tenham devido dirigir os redatores da lei. É do mesmo ponto de vista que se recorre, fora da equidade propriamente dita, ao que se chama Princípios Gerais do Direito. Estes princípios gerais do Direito, representando um ideal de razão e de justiça, conforme ao fundo permanente da natureza humana, nós os supomos como base da lei. É de imaginar que eles tenham devido estar constantemente presentes no pensamento do legislador etc<sup>212</sup>

Ora, Géný influenciou diretamente nosso ordenamento jurídico. Tentou conciliar o rigor da Escola da Exegese (que preconizava que o juiz era mero aplicador da lei; e não intérprete) com as necessidades de seu tempo – atualização do significado do conceito jurídico de acordo com os valores “em vigência” na sociedade. Defendia que essa criação judicial nas lacunas deveria observar a finalidade da lei (teleologia) e a coerência do ordenamento jurídico. Há uma visão que, embora ainda ancorada em ditames clássicos do juspositivismo, apresenta-se mais aberta à interpretação. Géný prega uma livre pesquisa do Direito somente nos casos de lei omissa: o intérprete assim, buscará em matérias auxiliares as bases, os princípios que o guiarão na compreensão do caso concreto.

Ainda há uma preferência pela lei, vez que a utilização de princípios e outras fontes do direito só decorrem em caso de sua omissão<sup>213</sup>. Interessante destacar que o

<sup>211</sup> POLTRONIERI, Renato. Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual. São Paulo: Edição do Autor, 2012. P. 45

<sup>212</sup> GENY, François. Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. 2ª edição. [s.l.]: [s.n], 1919. P. 33

<sup>213</sup> Tendo apenas objetivo de esclarecer o que a verdadeira fonte do direito – a regra jurídica – pretende. (VENOSA, 2006, p. 121)

ordenamento jurídico brasileiro tutelou essa teoria de aplicação subsidiária das fontes mediatas. A lei de introdução às normas do direito brasileiro (4.657/42), em seu artigo 4º, dispõe, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

Em uma perspectiva neoconstitucionalista, ao analisar o artigo em comento da LINDB, Rizzato Nunes nos adverte que essa exegese não deve prevalecer. Aduz o autor que a legislação levou ao “equivoco de pensar que os princípios vêm por último no ato interpretativo-integrativo, quando o inverso é o que é verdadeiro.”<sup>214</sup>. Com efeito, trata-se de mero lembrete ao intérprete que pode se falar da aplicação de princípios, dada sua força normativa, para solução do caso *sub judice*. Em que pese, de fato, ser um posicionamento mais alinhado à contemporaneidade pós-positivista do direito, não parece ter sido essa a *mens legislatoris* à época da redação da LINDB, em 1942 – à época denominada, inclusive de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, tendo sofrido alteração em sua nomenclatura somente no ano de 2010<sup>215</sup>. Isso porque, nessa época, observava-se o auge do positivismo científico de Kelsen, com a objetividade do sistema jurídico em prol da segurança jurídica – previsibilidade. Daí porque parece mais escorreito compreender que o legislador pretendeu sim dar uma ordem hierárquica de utilização dessas fontes mediatas e subsidiárias do direito. Somente em caso de lacuna da regra jurídica é que deveriam ser recorridas – ficando, em *ultima ratio*, o uso dos princípios.

Com o passar da história, podemos perceber que, cronologicamente, a definição de princípio jurídico direito foi se abrindo, deixando de ter um rigor excessivamente científico subordinado unicamente ao direito positivo e ao ordenamento vigente, conforme ditava Kelsen, e passou a contemplar outras áreas do conhecimento humano, que integralizam os princípios. Passou a ser uma inserção do valor axiológico de justiça jusnaturalista dentro de um modelo juspositivista legalista.

Hodiernamente, na concepção pós-positivista, a numerosa maioria da doutrina admite a existência de princípios oriundos do direito positivo, mas também de outras ordens, como os ramos das ciências zetéticas, ou até mesmo do direito natural.

---

<sup>214</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 21-22

<sup>215</sup> Através da Lei número 12.376 de 30 de dezembro de 2010.

#### 2.1.4 Princípios e regras e suas correlações enquanto normas jurídicas

Em 1967, Ronald Dworkin revoluciona o direito ao publicar seu trabalho denominado originalmente de *The model of rules* (posteriormente reeditado para *Is law a system of rules?*). A obra consiste em duras críticas ao positivismo jurídico, pessoalmente ao expoente Herbert Hart, que buscou atualizar a doutrina clássica de Austin e Kelsen.

O trabalho insere o conceito de princípio no ordenamento jurídico, outorgando aos princípios natureza de direito vigente e positivado, sendo fruto da própria interpretação dos valores tutelados pelo direito.

Para Ronald Dworkin, princípio é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”<sup>216</sup>

Nas lições de Dworkin, em relação às funções desempenhadas, regras e princípios até que não se diferenciam muito: podem até desempenhar papéis semelhantes; apesar de Dworkin lecionar que as regras, em geral tem predileção na imposição de resultados (aplicação direta) e princípios tem predileção na orientação da decisão e aplicação normativa. A diferença entre tais espécies normativas reside quanto ao modo de aplicação.

Para o autor, as regras são aplicadas de forma absoluta (tudo ou nada). Ou ela é aplicável à hipótese de incidência (regra válida) ou não é (regra não é válida).<sup>217</sup> Em caso de conflito entre as regras, algum dos critérios do sistema jurídico será usado para solução da aparente antinomia (hierarquia de regras, cronologia, especialidade etc).<sup>218</sup>

Dworkin leciona que no conflito entre regras, uma delas não é válida e não será aplicada ao caso:

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão

---

<sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? Estudos Jurídicos. São Leopoldo, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001.

<sup>217</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 39-40

<sup>218</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 43

precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.<sup>219</sup>

Já Robert Alexy aponta ser possível a distinção de conteúdo entre regras e princípios: para o autor, os princípios devem ser compreendidos como mandados de otimização que determina que algo seja realizado na maior medida possível, à luz das circunstâncias e possibilidades jurídicas e fáticas existentes.<sup>220</sup>

Para além desta distinção, Alexy, também como Dworkin, aponta a diferenciação entre regras e princípios quanto ao modo de aplicação de tais normas: o conflito entre regras (antinomia) é solucionado por meio de exceções (regras de exceção), admitidas pelo próprio sistema jurídico; já o conflito entre princípios deve ser resultado de acordo com a análise concreta da colisão entre princípios, devendo, naquele caso, preponderar o de maior peso – princípios tem pesos e dimensões de força diferentes, a depender do caso concreto levado à decidibilidade.<sup>221</sup>

No conflito entre regras, uma delas tem sua incidência afastada do caso concreto (nada), com aplicação apenas de outra regra específica e válida (tudo): “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”<sup>222</sup>

Já o conflito entre princípios, que será mais adiante detalhado, e conforme já adiantado, é solucionado em sistemática diversa na proposição de Robert Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.<sup>223</sup>

O conflito entre princípios para Alexy não ocorre na dimensão da validade dos mesmos (como ocorre com as regras), mas sim na dimensão do seu peso, sempre à luz do caso

<sup>219</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 42

<sup>220</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90-91

<sup>221</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 93-95

<sup>222</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 92

<sup>223</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 93

concreto, mediante técnica de ponderação e sopesamento<sup>224</sup> – que será mais adiante aprofundada em capítulo próprio deste trabalho.

Ambas as teorias se respaldam, para conflitos entre regras, a partir da sistemática das regras de exceção – regras secundárias, na doutrina de Herbert Hart – por meio das quais o sistema regula a correlação de seus elementos. São regras sobre regras que, dentre outros objetivos (inserção de novas normas, estruturação de poderes e instituições, criação e alteração de regras etc), tem por objetivo a fixação de critérios para identificação da norma e sua validade para aplicação ao caso concreto (regras secundárias de reconhecimento).<sup>225</sup>

E em caso de conflito entre princípio e regra? Em rigorosa técnica jurídica à luz da teoria dos princípios, não há tal conflito, vez que o princípio prevalece ante a regra – não há, destarte, colisão direta entre princípio e regra. Todavia, em interpretação e reconstrução normativa do signo, pode-se verificar que, em verdade, o conflito entre princípio e regra é, em última análise, um conflito entre princípio e o princípio o qual a regra se funda e se origina – é, portanto, conflito entre princípios.<sup>226</sup>

Em uma análise da concepção de princípios segundo os modelos de direito e justiça (jusnaturalismo, juspositivismo e pós-positivismo), Paulo Bonavides exaure o tema com interesse comparação:

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normativa, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça.

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos, como fonte normativa subsidiária, ou, segundo Gordillo Cañas, como ‘válvula de segurança’, que ‘garante o reinado absoluto da lei’.

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.<sup>227</sup>

<sup>224</sup> “Conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais* 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 94)

<sup>225</sup> HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução da 3ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1994., P. 104-107

<sup>226</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 258-264

Os princípios estão presentes nos três modelos jurídicos; mas somente no neoconstitucionalismo pós-positivista é que ganham destaque, com a conquista de *status* de norma jurídica.

No jusnaturalismo, os princípios eram mero senso ideal de uma dimensão ética, desprovidos de normatividade, tinham puro caráter informativo, norteador do direito positivado. Localizavam-se em uma esfera metafísica e abstrata.

No juspositivismo, os princípios também não gozavam de normatividade: eram apenas aplicados subsidiariamente em casos de lacunas de regras, mera interpretação subsuntiva.

É somente no pós-positivismo, com o hibridismo relativizador da justiça jusnaturalista com a segurança jurídica juspositivista que temos o reconhecimento dos princípios como fontes normativas, como normas de maior abrangência.

O tratamento hodierno dos princípios se mostra do maior relevo ao ordenamento jurídico. Senão vejamos.

Conforme já adiantado, ao expor os dois principais autores – Dworkin e Alexy - a doutrina aponta alguns critérios para distinção entre regras e princípios.

Segundo o critério hipotético-condicional, as regras regulam uma hipótese que, se atingida (transgredida) importará em uma consequência; enquanto os princípios somente refletem o fundamento da regra, devendo encontrá-la para poder ser aplicado no caso concreto. Em uma análise sob a ótica do critério do modo final de aplicação, as regras são aplicadas de modo absoluto (ou se aplica ou se afasta a regra jurídica), enquanto os princípios podem ser empregados de forma gradual, mitigada, permitindo a coexistência com outros princípios de maneira ponderativa e parcial. E isso já abre caminho para o último critério: o de conflito normativo. Segundo esse, a regra sofre antinomia, sendo necessário examinar qual delas está em sintonia com o ordenamento jurídico e deve ser aplicada, em afastamento da outra; já os princípios sofrem apenas prioridade ante o caso concreto, com a mitigação de outro em conflito, mas sem seu completo afastamento.<sup>228 229</sup>

---

<sup>228</sup> GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, volume 82, jan-mar 2013.

<sup>229</sup> Apenas a título de curiosidade, mencione-se que Humberto Ávila de forma inovadora propõe outros três critérios totalmente diferentes de distinção: de acordo com a natureza do comportamento prescrito; de acordo

A principal diferença, conforme nos expõe, com maestria, Robert Alexy é justamente o grau de generalidade e abstração dos princípios, que permite sua relatividade<sup>230</sup>

Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini apontam que a relatividade é o “traço distintivo entre regras e princípios”, justamente porquanto não há princípio que possa ser acatado (ou afastado) de forma absoluta em toda e qualquer hipótese, por meio de uma pauta de obediência pré-determinada. Os autores terminam, inclusive, por postular a necessidade axiológica de um “princípio da relatividade”, que é justamente a aplicação da proporcionalidade na exigência de respeito às normas colidentes e sua operação no sistema jurídico.<sup>231</sup>

Em síntese, conjugando de maneira exemplar as lições de Dworkin e Alexy, nos ensina Luis Roberto Barroso e Humberto de Mello:

De acordo com Dworkin, princípios são normas que contêm “exigências de justiça ou equidade ou alguma outra exigência de moralidade”. Ao contrário das regras, eles não se aplicam na “modalidade tudo ou nada”, e em certas circunstâncias podem não prevalecer devido à existência de outras razões ou princípios que apontem para uma direção diferente. Os princípios têm uma “dimensão de peso” e quando eles colidem é necessário considerar a importância específica de cada um deles naquela situação concreta. Para Alexy, os princípios são “mandados de otimização”, cuja aplicação varia em diferentes graus, de acordo com o que é fática e juridicamente possível. Portanto, de acordo com a teoria de Alexy, os princípios estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade, e sua pretensão normativa pode ceder, conforme as circunstâncias, a elementos contrapostos. Essas visões não são imunes a controvérsias. Mas não é possível aprofundar esse debate no presente estudo. Para os fins aqui visados, princípios jurídicos são normas que possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias. Mas, em qualquer caso, eles fornecem argumentos que devem ser considerados pelos juízes, e todo princípio exige um compromisso de boa-fé para com a sua realização, na medida em que essa realização seja possível.<sup>232</sup>

Arlete Inês Aurelli assim distingue regras e princípios, à luz dessas lições anteriores:

Assim, as regras são normas jurídicas com alto grau de determinação, que descrevem uma hipótese fática, induzindo aos efeitos nela previstos quando ocorrer os fatos dela constantes. É a chamada *fattispécie* normativa. Já os princípios

---

com a justificação exigida; e de acordo com a medida de contribuição para a decisão. (AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 71)

<sup>230</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 277

<sup>231</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

<sup>232</sup> BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport de. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo, volume 8, ago 2015. P. 33-95

possuem um grau maior de indeterminação, constituindo normas amplas, com alto grau de generalização e, em geral, são constituídas de conceitos vagos e, ainda, de caráter fundante. Exemplo deste último seria o art. 5º, inciso LV da CF (LGL\1988\3), enquanto a regra poderia ser exemplificada pela norma que estabelece que os prazos dos recursos serão de 15 dias.<sup>233</sup>

Concluimos assim que, enquanto as regras visam assegurar a segurança jurídica através da previsibilidade (fato-antecedente-ato-consequente), objetivando as condutas descritas e relacionando-as diretamente à uma sanção-consequência por sua inobservância, os princípios são normas que consagram valores, fins almejados pelo ordenamento jurídico dotados de grande grau de abstração que permite um maior amoldamento ao caso concreto, bem como de acordo com a função contemporânea do direito, uma constante atualização jurídica de conceito, com uma filtragem dos valores da sociedade ante uma tela de constitucionalidade.

De fato, é o que ensina Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correção entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>234</sup>

Ainda hoje subsiste grande discussão jurídica acerca da natureza jurídica dos princípios: coercitivos (normativos) ou integrativos (interpretativos).

Parte da doutrina, ainda ancorada nos ideais positivistas, como Orlando Gomes, defende que os princípios só possuem papel interpretativo, que servem apenas “para preencher lacunas e ajudam a determinação do alcance e do verdadeiro sentido da lei”<sup>235</sup>, sendo inviável sua concepção como “princípios de validade geral”.

Não menos crítico é Tércio Sampaio Ferraz Jr, sendo peremptório ao afastar qualquer caráter normativo dos princípios, caracterizando-os como reminiscência da fonte do direito natural, repousando-os na equidade. Reconhece apenas a função integrativa dos

---

<sup>233</sup> AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Vol. 127. Set 2017. P. 19-47

<sup>234</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 85

<sup>235</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988. P. 50

princípios ao ponderar que “são regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo.”<sup>236</sup>

Nessa concepção – princípios enquanto integradores do sistema – os princípios estão submetidos ao campo da hermenêutica, interpretação jurídica: trata-se da *ultima ratio* (e aqui falamos com toda propriedade, haja vista a redação do artigo 4º da lei 4.657/42, já exposto) do sistema jurídico para dar uma solução ao caso concreto, evitando incorrer em lacunas.

Mas essa visão – de princípio unicamente de caráter interpretativo - não merece mais respaldo dentro do modelo neoconstitucionalista pós-positivista, conforme analisado alhures.

O caráter normativo dos princípios é aceito pela imensa maioria da doutrina contemporânea pós-positivista, como Ronald Dworkin, Eros Grau<sup>237</sup>, o já citado Luis Roberto Barroso, Gomes Canotilho<sup>238</sup>, Robert Alexy<sup>239</sup> <sup>240</sup> Paulo Bonavides<sup>241</sup>, dentre tantos outros de renome. Em verdade, é um dos marcos distintivos do neoconstitucionalismo pós-positivista.

Até mesmo o positivista Norberto Bobbio<sup>242</sup>, que, com suas reservas, denomina os princípios de “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.”. Ora, se é norma jurídica, é porque prescreve dever-ser, ainda que extremamente abstrato ou geral. Segundo o autor, a função primordial dos princípios reside em sua nota sistemática-integrativa, realizando a manutenção das características fundamentais do ordenamento jurídico: unidade<sup>243</sup>, completude<sup>244</sup> e coerência<sup>245</sup>. Sustenta que são normas como qualquer

<sup>236</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. P. 248

<sup>237</sup> GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 112

<sup>238</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 1215

<sup>239</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª edição. Barcelona: Gedisa, 1997. P. 162

<sup>240</sup> Para o renomado autor no tema, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90)

<sup>241</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 266-267

<sup>242</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995a. P. 159

<sup>243</sup> Segundo o autor, a unidade do ordenamento reside na existência de uma norma fundamental (postulado do poder constituinte originário) que é verdadeiro “critério para estabelecer se as partes pertencem ao todo e um princípio que as unifique” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 62)

<sup>244</sup> Para, “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema” Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p 115)

outra – regra – e que podem ser expressas ou não expressas, pelas quais se extrai o “espírito do sistema”.

A função dos princípios, ao menos sob a égide do sistema pós-positivista, é de viabilizar unidade, harmonia, completude, coerência ao sistema jurídico, atuando como integrante de suas normas. Além desta função, é inegável guia ao intérprete na problemática da decidibilidade para aplicação jurídica e fim colimado ao Direito – a pacificação.<sup>246</sup>

Celso de Mello, no julgar do Agravo Regimental no RESP 477.544, no STF em 2011, assim sintetizou o caráter normativo:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõe o marco doutrinário que confere suporte técnico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

O que podemos observar é que o neoconstitucionalismo, sobretudo pela criação de uma nova hermenêutica do ordenamento jurídico, pelo reconhecer da força normativa e interpretativa dos princípios, coaduna com a função típica e hodierna do direito, estando, ambos, em assonância.

Luiz Flávio Gomes é contundente na dúplice função: “Os princípios não são apenas um conjunto de valores ou de prescrições éticas ou programáticas. São normas jurídicas de caráter cogente. [...] fundamentais para iluminar a aplicação das regras”<sup>247</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello compreende princípio tanto em sua função interpretativa, de nortear a aplicação das regras jurídicas e garantir o caráter sistêmico do direito (a unidade, coerência e coesão das normas jurídicas), quanto em sua função normativa,

---

<sup>245</sup> Um dos conceitos de coerência dado pelo autor é no sentido que o ordenamento jurídico é “um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos princípios gerais do Direito), considerados da mesma maneira que os postulados de um sistema científico.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995 p. 77)

<sup>246</sup> Exatamente assim é o que nos ensina Antonio Ernani Pedroso Calhao: “A função dos princípios constitucionais sob a égide do pós-positivismo é de viabilizar unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando suas partes e atenuando tensões normativas, além de servirem de guia ao intérprete, cujo papel é sopesá-los, de maneira a concatenar soluções jurídicas adequadas, chegando à formulação da regra concreta que regerá a espécie.” (CALHAO, Antonio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTR, 2010. P. 103)

<sup>247</sup> GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais*. São Paulo: LivroeNet Atualidades do Direito, 2015. P. 8 e 11

como espécie normativas dotadas de coercibilidade e aplicação a casos concretos. Para o autor, princípio é compreendido, portanto, como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que dá sentido harmônico.

[...]

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>248</sup>

As regras originam-se dos princípios, encontrando neles seu fundamento.<sup>249</sup> E assim estabelece-se uma relação hierárquica, pois o derivado submete-se ao original, em melhor acepção jurídica, *accessorium sequitur principale*.<sup>250</sup>

Fredie Didier Jr aduz no mesmo sentido, compreendendo também que os princípios norteiam a aplicação das regras jurídicas, servindo de guia ao intérprete e aplicador do direito:

Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido. Se essa espécie normativa visa a um determinado ‘estado de coisas’, e esse fim somente por ser alcançado com determinados comportamentos, ‘esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza’. Enfim, ainda com base no pensamento de Humberto Ávila: ‘os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários’.<sup>251</sup>

<sup>248</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 54

<sup>249</sup> É a lição da doutrina pós-positivista, como Plácido e Silva, bem como Rodolfo Luis Vigo, Paulo Hamilton Siqueira Junior e Rizzato Nunes (PLACIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. P. 447; VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 131; SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Neoconstitucionalismo*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012; NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 20)

<sup>250</sup> Muito embora essa concepção hierárquica esteja longe de ser pacífica Em que pesem os doutrinadores apontados anteriormente, Antonio Ernani Pedroso Calhao embasado nas lições de Barroso, diverge ao defender a inexistência de uma hierarquia entre princípios e regras. Calhao ancora sua tese na distinção entre as funções de uns e de outras no ordenamento jurídico. (CALHAO, Antonio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTR, 2010. P. 104)

<sup>251</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: JusPodvm, 2015. P. 48

Para o autor, os meios para alcançar esse estado de coisas, para concretizar os princípios, são as regras jurídicas, que prescrevem as condutas permitidas e proibidas<sup>252</sup>

Rizzato Nunes chega, inclusive, a denominar princípio como a “estrela máxima do universo ético jurídico”<sup>253</sup>, sempre presente na interpretação e aplicação de todas as normas.

É o que nos ensina Luis Roberto Barroso, que aduz acerca dos princípios:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Posto no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fontes das fontes. São qualificativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.<sup>254</sup>

Seguindo os ensinamentos de Barroso<sup>255</sup>, concluímos que os princípios são dotados de uma eficácia direta, incidindo sobre a realidade à semelhança de uma regra; uma eficácia interpretativa, o que importa em dizer que os valores e fins neles abarcados condicionam o sentido e alcance das normas jurídicas em geral; e uma eficácia negativa, que impossibilita a aplicação de uma norma ou ato jurídico incompatível com princípio constitucional (este último, denominado de derrotabilidade).

As regras surgem como esclarecimento dos princípios, prescrevendo, detalhadamente, as condutas que devem ser observadas para evitar-se a violação daquele princípio no qual é fundada, gerando previsibilidade e diminuindo a incerteza e arbitrariedade.<sup>256</sup>

Isso porque a maior crítica que se pode fazer à concepção de princípio é que, por ter natureza de cláusula geral (ou conceito jurídico indeterminado) abriria terreno inseguro no campo da aplicação e previsão normativa, mitigando sobremaneira a segurança jurídica, tão defendida pelo modelo juspositivista.

---

<sup>252</sup> DIDIER JR., Fredie. Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 164

<sup>253</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 19

<sup>254</sup> BARROSO, Luis Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 294

<sup>255</sup> BARROSO, Luiz Roberto. A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate jurídico. Mimeografado, dezembro de 2010. P. 12-13

<sup>256</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 134

O tópico será melhor aprofundado quando tratarmos do princípio da proporcionalidade – o mais indeterminado dos princípios. Mas aqui já cumpre registrar que diversos autores, como Humberto Avila<sup>257</sup>, Eros Grau<sup>258</sup>, e Paulo Hamilton Siqueira Junior<sup>259</sup> defendem que conceito jurídico indeterminado acarreta discricionariedade, sobrepondo o poder judiciário ao poder legislativo. Prelecionam que a interpretação ao caso concreto poderia desvirtuar completamente do pretendido pelo legislativo.

Por outro lado, o conceito aberto e indeterminado traz o benefício da atualização de significação e aplicação de maior amoldamento, como se disse anteriormente. Nesta linha são as lições de José Roberto Pimenta Oliveira<sup>260</sup>, Luis Roberto Barroso<sup>261</sup> e Jorge Octávio Lavocat Galvão<sup>262</sup>, ao sustentarem que os conceitos jurídicos indeterminados permitem uma atualização de significado do instituto (auto-referência sistêmica), impedindo a trava de temporalidade juspositivista que acarretaria a obsolescência do direito, conforme exaurimos nas primeiras páginas do presente trabalho.

Ademais, que não há de se falar em desvirtuação de significado, vez que a interpretação do conceito indeterminado se dá mediante uma hermenêutica sistemática-integrativa, sopesando os valores do ordenamento jurídico e propondo uma interpretação conforme à Constituição.

Em arremate, vale trazer à baila o dissertado pelo ministro Luis Roberto Barroso: “A abertura da linguagem constitucional possibilita a atualização de sentido da Constituição, pela incorporação de novos valores e de novas circunstâncias, permitindo uma interpretação vivificadora e evolutiva.”<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> AVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 215, 151-179, jan/mar 1999. P; 170

<sup>258</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 189

<sup>259</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012. P. 161-185

<sup>260</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Discricionariedade e Razoabilidade. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. São Paulo, volume 1, 2008. P. 48

<sup>261</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 312-316

<sup>262</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2012. Tese. Direito do Estado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>263</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 198

Ainda, segundo Luis Roberto Barroso:

Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir melhor solução para o caso concreto, assim realizado o ideal de justiça. Como o Direito gravita em torno desses dois grandes valores – justiça e segurança -, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios. Um modelo exclusivo de regras supervalorizaria a segurança, impedindo, pela falta de abertura e flexibilidade, a comunicação do ordenamento com a realidade, frustrando, em muitas situações, a realização da justiça.<sup>264</sup>

Isso permite a utilização de princípios diretamente à solução do caso *sub judice* (reconhecimento de sua força normativa), permitindo uma melhor adequação da lei ao caso concreto, à realidade social de seus destinatários; evitando-se, assim, lacunas e aplicações em descompasso com a realidade.

Todavia, para o alcançar dessa justiça do caso concreto, obviamente se mitiga a segurança jurídica de um sistema de regras, tal como pretendia o positivismo jurídico de Hans Kelsen.

Há quem defenda uma divisão categórica entre princípios. Os adeptos, como o ministro Luis Roberto Barroso<sup>265</sup>, Paulo Bonavides<sup>266</sup>, e Gomes Canotilho<sup>267</sup> sustentam a existência de uma categoria de princípios abertos de caráter norteador do ordenamento jurídico, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a democracia. E uma outra categoria, de princípios normativos, que são os verdadeiramente dotados de normatividade.<sup>268</sup>

Vale dizer que essa divisão de cunho didático de nada afeta o defendido nessa monografia: os princípios jurídicos detêm força normativa, sendo capaz de serem aplicados diretamente aos casos postos à solução do Poder Judiciário, sendo, por si só, aptos a pacificar o conflito social, independente da existência de regras jurídicas.

O que precisamos compreender, em resumo, é o que nos expõe brevemente o jurista Carlos Maximiliano:

---

<sup>264</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 209

<sup>265</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 272

<sup>266</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 272

<sup>267</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Apud* NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 39-40

<sup>268</sup> GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, volume 82, jan-mar 2013.

Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados de enfeixam princípios superiores. Constituem estes as *diretivas* ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica.<sup>269</sup>

Que toda regra deriva de um princípio; que são os princípios que dão unidade e validade ao ordenamento jurídico; que compreender o sistema do direito é compreender seus inter-relacionamentos internos, através de uma interpretação que, obviamente, é orientada pelos princípios; que os princípios são dotados de normatividade.

Em sede de arremate, interessante colacionar a extração da obra de Paulo Bonavides acerca dos princípios:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.<sup>270</sup>

Em síntese, seguindo as lições do argentino Rodolfo Luis Vigo<sup>271</sup>, sustentável uma tripla significação dos princípios no ordenamento jurídico: de ordem ontológica, sendo a gênese de onde derivam-se as regras – e aí porque toda regra está fundada em um princípio -, bem como de ordem normativa, pois, com maior ou menor clareza, traz um dever ser comportamental para o homem – permitindo sua aplicação direta aos casos concretos -; e, finalmente, de ordem cognitiva-interpretativa, enquanto orientação da compreensão do ordenamento jurídico enquanto sistema.

São os princípios que conferem a sistemática do Direito, em organização axiológicas das regras postas, conferindo-lhes, não apenas a adequada interpretação e conjugar com as demais regras (o caráter interpretativo), mas também diretamente surtindo efeitos (eficácia) nos conflitos sociais e litígios (a força normativa).

Daí porque, hodiernamente, podemos compreender princípio como sendo uma norma cogente que fundamenta a regra e norteia sua aplicação, inter-relacionando o Direito, dando-lhe caráter sistêmico, e sendo originário de uma dimensão do ordenamento jurídico enquanto harmonizador social e tutor da pluralidade individual.

<sup>269</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 240

<sup>270</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 294

<sup>271</sup> VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 131-132

Esta compreensão de princípio está alinhada ao próprio conceito de norma jurídica, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr, para quem, norma jurídica:

Em conclusão, podemos dizer que a dogmática analítica capta a norma jurídica como um imperativo despsicologizado. Para evitar confusões com a ideia de comando, melhor seria falar em um diretivo vinculante, coercivo, no sentido de institucionalizado, bilateral, que estatui uma hipótese normativa (*facti species*) à qual imputa uma consequência jurídica (que pode ser ou não uma sanção) e que funciona como critério para tomada de decisão (decidibilidade).<sup>272</sup>

E os princípios, ante o seu caráter de abstração, são verdadeiras cláusulas gerais do sistema jurídico, que conferem ao sistema a flexibilidade e adaptação frente às mudanças sociais e alinhados à teoria tetradimensional do Direito, que será aprofundada mais adiante nessa monografia.

Judith Martins-Costa assim conceitua as cláusulas gerais do sistema jurídico:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>273</sup>

Na conceituação de Fredie Didier Jr:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa [...] A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente.<sup>274</sup>

Os princípios derivam de cláusulas gerais do sistema jurídico. Apesar de deterem um núcleo mínimo de significância (Willis Santiago; como será a frente aprofundado), os princípios tem alto grau de abstração que permitem a realização da justiça e dos escopos do sistema jurídico ao caso concreto, com flexibilização e adaptação às peculiaridades postas.

<sup>272</sup> FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação..* 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019. P. 92

<sup>273</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 303-306;

<sup>274</sup> DIDIER JR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo.* Volume 187. Set 2010. P. 69-83

Especificamente a respeito da distinção conceitual entre cláusulas gerais e princípios, Fredie Didier Júnior registra a seguinte lição:

Finalmente, é preciso distinguir *cláusula geral* e princípio. Cláusula geral é um texto jurídico; princípio é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.<sup>275</sup>

Os princípios jurídicos, assim como toda norma jurídica, conforme acima apontado, detém esse diretivo vinculante, com vinculação de comportamentos que não os violem, que os atendam, ainda que de forma abstratamente posta; são institucionalizados, porquanto incluídos e reconhecidos pelo sistema jurídico, dele integrantes; com bilateralidade entre os sujeitos destinatários, impondo comissões e omissões, e que prevê, ao menos abstratamente, consequência jurídica – a violação a princípio gera efeitos jurídicos no sistema, dos mais variados, materiais ou processuais. E tais princípios servem, como se expôs, também como mote interpretativo, em função de nortear a interpretação e aplicação das normas jurídicas e solucionar a problemática da decidibilidade.

---

<sup>275</sup> DIDIER JR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*. Volume 187. Set 2010. P. 69-83

### 3. SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA

#### 3.1 HISTÓRICO BRASILEIRO

A segurança dos sistemas e organização das interrelações dos seus elementos não é preocupação nova. Desde os primórdios das organizações sociais e sistematização, há grande preocupação com o funcionamento do próprio sistema, mediante organização dessas relações internas.

No sistema jurídico, não é diferente. Essa preocupação se traduz naquilo, que mais a frente será aprofundada nessa dissertação, que é conhecido como segurança jurídica.

A segurança jurídica é preocupação do sistema jurídico desde o seu surgimento. Já no Código de Hamurabi, encomendado pelo rei da Babilônia e que data do ano de 153 a.C., as tábuas já registravam essa atenção: o preceito VI, §5º expressa a segurança jurídica, na regra da coisa julgada formal.<sup>276</sup>

Se um juiz julgou uma causa, pronunciando sentença (e) depositado o documento selado, se, em continuação, muda a sua decisão, se ficar provado que o juiz mudou a sentença que havia ditado, pagará até doze vezes a quantia que motivou a causa. Ademais, publicamente, será obrigado a retirar-se de seu assento de justiça (e) não voltará mais. Nunca mais poderá sentar-se com os Juizes em um processo

Não se tem conhecimento de previsão jurídica escrita anterior ao Código de Hamurabi nesse sentido.

Essa preocupação com a segurança jurídica (e a regra da coisa julgada) atravessou fronteiras e séculos, influenciando sistemas jurídicos ao redor do mundo e conservando tal pensamento em suas normas jurídicas contemporâneas.

No Brasil, não foi diferente.

O princípio da segurança jurídica surge já na primeira Constituição brasileira: a Constituição Imperial de 1824. Apesar da ausência da expressão “segurança jurídica” no texto constitucional, é certo que o artigo 179, inciso III daquela carta consignava o princípio na expressão da regra da vedação da retroatividade legal:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

---

<sup>276</sup> NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.29-30

[...]

III. A sua disposição não terá efeito retroactivo.

Tal disposição constitucional tutela, para além da própria vedação à retroatividade das leis, o instituto do direito adquirido, por via reflexa. Todavia, essa Constituição de 1824 não trazia qualquer regra específica a respeito da coisa julgada.

A próxima Constituição, de 1891, continuou agasalhando a previsão jurídica da segurança, deixando o texto mais expresso no tocante à irretroatividade das leis, mantendo-se tal regra no seu artigo 11, §3º, e, ainda, acrescentando-se outra expressão do princípio, ligada a ideia de anterioridade, no artigo 72, §15:

Art 11 - É vedado aos Estados, como à União:

[...]

3 °) prescrever leis retroativas.

[....]

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 15. Ninguém sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada.

Contudo, apesar dessas expressões do princípio da segurança jurídica, o termo “coisa julgada” só apareceria muito posteriormente no texto normativo do ordenamento jurídico brasileiro: em nível constitucional, apenas em 1934; e no sistema jurídico, a primeira ocorrência conhecida é da Lei 3.071/16, em 1916.

As Constituições seguintes, de 1934, 1946 e 1967 já trouxeram o texto que é conhecido hoje na Constituição de 1988, com pequenas alterações – a exceção é a Constituição de 1937, que deixou de tutelar expressamente a segurança jurídica.

A Constituição de 1934, para além da segurança jurídica, traz expressamente a proteção à “coisa julgada”, sendo a primeira ocorrência do termo em uma carta constitucional na história brasileira. O artigo 113, item 3 daquela Constituição já previa, com texto idêntico ao hoje previsto na Constituição de 1988:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Na Constituição de 1946, a redação do artigo 141, §3º é exatamente a mesma.

E a redação é novamente repetida, sem modificação, na Constituição de 1967, em seu artigo 150, §3º.

Mesmo em 1969, com a Emenda Constitucional número 1 de 17 de outubro de 1969, foi mantida essa redação sem qualquer modificação, no então artigo 153, §3º.

A atual Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXVI traz exatamente a mesma redação das constituições anteriores:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Como adiantado, a primeira ocorrência do termo “coisa julgada” é, em nível infraconstitucional, na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Lei 3.071/16), em seu artigo 3º: “A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada”.

### 3.1.1 Especificamente o histórico brasileiro do processo civil

Os historiadores do direito denominam de “ordenações do reino” o período histórico brasileiro do processo civil que perdurou de 1595 até cerca de 1850. Essas ordenações do reino, advindas de Portugal, eram compostas de vários livros, sendo que o terceiro era dedicado ao processo civil.<sup>277</sup>

Com a Proclamação da Independência em 1822, as Ordenações Filipinas continuaram em vigor no Brasil, por força da Lei de 20 de outubro de 1823.

Nas Ordenações Filipinas, embora não com a denominação de “coisa julgada”, é possível verificar a ocorrência do instituto de forma clara, mostrando, também, uma preocupação do sistema com a segurança jurídica, mormente com a estabilização do decidido nas causas.

O título XVC das Ordenações Filipinas, que cuidam das “revistas dos feitos”, em espécie de revisão de julgados (ação rescisória), em seu item 3 traz o escopo da regra da coisa julgada, com objetivo de estabilizar a demanda em definitivo se não sobrevier a petição de revisão dos feitos em 12 ou 24 meses (a depender da causa), de modo que as demandas teriam fim e os vencedores delas não teriam mais dúvidas a respeito de seu direito.

Em 1850, é editado o Regulamento 737, que regulamentava causas comerciais e seu processamento. A partir de 1890, por força do Regulamento 763, o Regulamento 737 passa a ser aplicável às causas cíveis em geral, em sua maioria – algumas especiais continuaram regidas pelas ordenações.

Algumas leis esparsas desse período, como a Lei número 2.033 de 1871, regulamentavam, de forma precária, alguns temas de processo civil.

Nesse período, já se verifica a preocupação do sistema processual civil brasileiro com a segurança jurídica e a coisa julgada. O Regulamento 737 traz a coisa julgada como exceção ao julgamento da causa (artigo 74, §4º), com formação de uma presunção absoluta de verdade do instituto (artigo 185). A expressão “cousa julgada” (sic) tem duas ocorrências nessa norma editada.

---

<sup>277</sup> GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. Considerações históricas na proteção de direitos: a evolução do direito processo civil no tempo. *Veredas da História*. Vol. 9, número 1. 2016. P. 95-116.

Com forte influência do sistema federalista, a Constituição de 1891, em seus artigos 34, item 23 e 65, item 2, outorgou aos estados-membros a competência legislativa para normatização do processo civil. Por tal razão, surgem codificações estaduais de processo civil, como ocorreu primeiramente no Pará (1905), no Rio Grande do Sul (1908), e no Maranhão (1908). Outros estados, como Bahia (1915), Minas Gerais (1922), Rio de Janeiro (1919) e São Paulo (1930) também elaboraram suas próprias codificações.<sup>278</sup>

Em 1934, com a promulgação da Constituição, a carta magna passa a reservar de forma exclusiva a competência à União para legislar sobre matéria processual, com vistas a uma unidade do processo civil.

Tal unificação surge em 1939, com o primeiro Código de Processo Civil brasileiro (Decreto-Lei 1.608/39), já trazia proteção à segurança jurídica e a regra da coisa julgada (artigos 287, 798, I, b; 851, I, por exemplo) apesar da sua edição e promulgação legal ter ocorrido sob vigência da Constituição de 1937 – a única que não trazia essa proteção em seu texto normativo.

A expressão “coisa julgada” (ou “cousa julgada”) estava contida no texto legal em quatro passagens (artigo 182, II; 288; 798, I, b; 851, I)

Em 1973, a Lei 5.869 promulga um novo código: o Código de Processo Civil de 1973, que entrou em vigor em 01/01/1974, cujo anteprojeto foi elaborado pelo então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid.

Esse código acompanhou a preocupação do sistema com a segurança jurídica e a necessária proteção à regra da coisa julgada (artigos 267, V; 467, 472 e 485, IV; por exemplo). A expressão “coisa julgada” passa a ter treze ocorrências literais no texto legal.

Em 2015, é promulgado o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), cuja vigência se iniciou em março de 2016. O texto legal traz catorze passagens literais da expressão “coisa julgada” e mantém o instituto e preocupação com a segurança jurídica que seus antecessores códigos traziam, acompanhando o movimento histórico brasileiro do processo civil.

---

<sup>278</sup> GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. Considerações históricas na proteção de direitos: a evolução do direito processo civil no tempo. *Veredas da História*. Vol. 9, número 1. 2016. P. 95-116.

Para além do próprio instituto da coisa julgada, o atual código de processo civil demonstra sua preocupação com a segurança jurídica na busca da estruturação de um sistema de precedentes, com vistas à previsibilidade e isonomia do sistema. A preocupação com uma interpretação jurisprudencial uniforme e estável (artigo 926) e o aprimoramento de um sistema de resolução de demandas repetitivas revelam o intuito do sistema processual em maior proteção à segurança jurídica.

### 3.2 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é compreendida como um valor, tutelado juridicamente na forma de princípio, e com função supraordenadora do sistema jurídico, sendo constituinte do próprio sistema jurídico, com vistas à estabilidade de seu funcionamento.<sup>279</sup>

Esse sobreprincípio da segurança jurídica é efetivado pela atuação conjunta de outros princípios do sistema, como a legalidade, a anterioridade, a igualdade, a irretroatividade, o acesso à jurisdição, dentre outros. É a segurança jurídica que estrutura a ordem jurídico-normativa do sistema jurídico – e, conseqüentemente, do próprio sistema social; de forma a garantir a congruência das relações entre os elementos do sistema.<sup>280</sup>

A segurança jurídica é apontada como verdadeiro princípio geral do Direito (Celso Antonio Bandeira de Mello)<sup>281</sup>, com essa função ordenadora e estruturante do sistema.

Como princípio geral do Direito, a segurança jurídica em sua função de substrato do sistema serve a funções técnicas necessárias, como ensina Eduardo García de Enterría:

*Conviene recordar a este proposito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del ordenamiento y la de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia ou de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, la expresión de una justicia material especificada tecnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de la instituciones.*<sup>282</sup>

E quais essas funções técnicas desempenhadas? A razão de ser do princípio da segurança jurídica consiste na regulação das relações entre os elementos jurídicos componentes do sistema do direito: fatos, valores e normas. Como em todo sistema, conforme adiantado, tais elementos estão em constante interrelação e tal dependência deve ser regulada de forma coerente e coesa. Para além dessa própria função estruturante do sistema e seus

<sup>279</sup> BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista de Direito Tributário*. Número 63. 1997. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 57; e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 123

<sup>280</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Tributário*, volume 61, 1994.

<sup>281</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 123

<sup>282</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*. 14ª edição. Madri: Thomson Civitas, 2008. P. 484 *apud* MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 123

elementos, a segurança do sistema (a segurança jurídica) consiste na concessão de previsibilidade e definitividade dessas interações entre elementos.

Em outras palavras, o que se está expondo é que a segurança jurídica visa permitir que as interações do sistema jurídico, quando ele for provado, sejam possíveis de serem estimadas, previstas. E, após a finalização de seu movimento de engrenagens, o resultado desse sistema seja final e definitivo.

Celso Antonio Bandeira de Mello registra reflexão de que a segurança jurídica tem vistas a coincidir com a profunda aspiração do ser humano em obter segurança em si mesmo e no que o cerca, para que haja estabilidade e alguma previsibilidade quanto ao futuro, justamente para orientar e condicionar o comportamento humano. A própria função proposta pelo Direito é de ensejar uma certa estabilidade e um mínimo de certeza na vida social. Em arremate: “A ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos”<sup>283</sup>

O princípio da segurança jurídica desempenha funções em dois grandes papéis: (i) previsibilidade com proteção de confiança; e (ii) segurança e estabilidade.<sup>284</sup>

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, a segurança jurídica é valor cuja função:

[...] seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futura, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas [...]<sup>285</sup>

J.J. Gomes Canotilho não diverge ao abordar o conteúdo jurídico da segurança jurídica, ressaltando a sua função de criar pautas de confiança aos usuários do sistema jurídico:

<sup>283</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 124

<sup>284</sup> ROMANO NETO, Odilon. *A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988*. APUD ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 57; e AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 295-296; e CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

<sup>285</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 146

[...] em geral, considera-se a segurança jurídica conexiada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos [...]<sup>286</sup>

O princípio da segurança jurídica tem previsão constitucional no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, como se expôs. As regras atinentes a irretroatividade da lei, a tutela ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada expressam o seu conteúdo jurídico, para além da própria interpretação dedutiva do Estado de Direito, como preconiza Humberto Ávila.<sup>287</sup>

Para desempenho desses seus papéis (previsibilidade e definitividade), a segurança jurídica, enquanto princípio, se utiliza de diversos instrumentos que exteriorizam seu conteúdo normativo, diversas regras que expressam o seu conteúdo e seus papéis.

A previsibilidade, por exemplo, é desempenhada por precedentes e sistemas de julgamento coletivo e de demandas repetitivas, de forma a garantir a isonomia entre casos semelhantes e a previsão de casos futuros que serão levados ao sistema jurídico com as mesmas características: os mesmos elementos (fato, valor e norma), quando acionados pelo sistema jurídico, devem resultar no mesmo desfecho, no mesmo produto a ser entregue por esse sistema.

No processo civil, são diversos os instrumentos que expressam a previsibilidade da segurança jurídica. Cita-se, por exemplo, a força vinculante dos precedentes, os incidentes de resolução de demandas repetitivas, mesmo o incidente de assunção de competência, o remédio da reclamação, além, é claro, dos próprios regramentos atinentes aos processos coletivos e de interesses metaindividuais.

Essa previsibilidade inexoravelmente tutela a isonomia do sistema, de modo a garantir que mesmas relações entre os elementos (ou seja, identidade dos elementos do sistema; fato, valor e norma) cheguem ao mesmo resultado de entrega do sistema. Situações idênticas devem receber a mesma resposta do sistema jurídico.

A previsibilidade tutelada pela segurança jurídica, ao menos no sistema jurídico brasileiro, pode ser expressa na noção “daquilo que muito provavelmente virá a ocorrer” com

---

<sup>286</sup> CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição. Almedina: Coimbra, 2003. P. 257

<sup>287</sup> AVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 295

o funcionamento daquelas engrenagens naqueles elementos.<sup>288</sup> E essa estimativa do resultado cria verdadeira pauta de conduta a serem conhecidas previamente pelo destinatário da norma, de forma a pautar as suas ações e escolhas, gerando confiança que, quando o sistema for acionado, irá responder daquela forma, com entrega daquele resultado.<sup>289</sup>

Para além da previsibilidade, a segurança jurídica também desempenha função de concessão de definitividade aquele resultado do sistema jurídico: após as engrenagens funcionarem, as relações entre os elementos serem feitas e o resultado ser entregue, a segurança do sistema impõe o caráter definitivo a esta entrega – até para evitar a repetição contínua e ilimitada do funcionamento do sistema para resolução da mesma questão, para cálculo da mesma equação de interrelações daqueles elementos idênticos.

Enquanto definitividade do resultado, a regra da coisa julgada é a mais importante expressão do conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica. É ela que impede a rediscussão das interrelações dos elementos e, inclusive, a repetição do mecanismo do sistema e entrega de resultado – evitando até mesmo o conflito entre resultados do sistema.

A estabilidade, registrada nessa definitividade do resultado do sistema – a proteção da coisa julgada na decisão judicial – visa garantir a tutela e intangibilidade de posições jurídicas. A proteção do ato jurídico perfeito e irretroatividade legal, outras regras extraíveis da segurança jurídica, também tem o mesmo mote.

Há doutrina que decompõe a segurança jurídica de forma analítica em: (i) cognoscibilidade; (ii) estabilidade; (iii) confiabilidade; e (iv) efetividade da ordem justa.<sup>290</sup>

Nessa classificação, a cognoscibilidade é apontada como pauta de comportamento de certeza, que impõe o conhecimento dos destinatários de como uma determinada situação da vida é regrada (segurança da orientação). Ligada a característica da estabilidade, que impõe a continuidade, permanência, durabilidade da ordem jurídica e suas orientações, evitando-se abruptas variações, criando condições mínimas de organização e planejamento dos destinatários das normas. Tais características geram a confiabilidade dos sujeitos à ordem jurídica e suas orientações, evitando surpresas injustas e permitindo firme expectativa de

---

<sup>288</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P.82

<sup>289</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P.40

<sup>290</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 28

resultado e desfecho. E, por fim, a segurança jurídica depende de uma capacidade de efetividade normativa, ou seja, a segurança da realização do direito; evitando-se, por exemplo, as violações normativas.<sup>291</sup>

A segurança jurídica, em seu caráter supraordenador do sistema jurídico, gera resultados no sistema social da comunidade – relação entre sistemas. A intangibilidade das posições jurídicas (estabilidade do resultado do sistema jurídico) permitem a segurança das relações entre indivíduos da sociedade, com consolidação das posições jurídicas e situações de direito.

Esse é, em síntese, o conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica.

Nessa ordem de ideias, e para desempenho dessas funções, o conceito de segurança jurídica engloba um conjunto de postulados, como ensina Luis Roberto Barroso:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. igualmente na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 28-29

<sup>292</sup> BARROSO, Luis Roberto. *APUD PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. 18 de março de 2009. 143 folhas. Dissertação – Universidade de Brasília – Faculdade de Direito. Brasília, 2009. P. 42

### 3.3 COISA JULGADA COMO EXPRESSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A exposição de motivos do atual Código de Processo Civil (2015), expressamente registra a preocupação do legislador na tutela do princípio da segurança jurídica no âmbito do processo civil, exaltando o mote a ser perquirido pelos aplicadores:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

No específico campo do processo, a segurança jurídica assegura a certeza, aplicabilidade e confiança do direito e das garantias processuais, bem como a estabilidade das decisões e sua respectiva efetividade, com proteção às situações jurídicas. O processo justo depende da segurança jurídica.<sup>293</sup>

As dimensões da segurança jurídica no processo podem ser apontadas sendo: (i) a garantia de aplicação das normas do devido processo legal; (ii) a garantia da estabilidade da coisa julgada; (iii) a confiança nas orientações jurisprudenciais e precedentes; (iv) a aplicação concretiza dos efeitos processuais; (v) a efetividade das situações jurídicas; e (vi) a confiança na pauta de conduta no processo pela boa-fé objetiva.<sup>294</sup>

No caso desse estudo, foca-se a segurança jurídica na função de definitividade, de estabilidade – função que tem o instituto da coisa julgada como regra-mor de seu desempenho. A coisa julgada está ligada ao valor fundamental do sistema jurídico: a segurança jurídica.<sup>295</sup>

Donaldo Armelin assim expôs acerca da vinculação da coisa julgada e do princípio constitucional da segurança jurídica:

Por sua vez, o valor segurança jurídica é também expressamente respaldado na Carta Magna. Se a segurança pode ser enfocada, sob o prisma psicológico, como a convicção de que as coisas ocorrerão normalmente, a segurança jurídica repousa também na estabilidade das relações jurídicas e, especialmente, das decisões que

<sup>293</sup> TAKOI, Sergio Massaru. O princípio constitucional da segurança jurídica no processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Volume 94. Jan-Mar 2016. P. 249-262

<sup>294</sup> TAKOI, Sergio Massaru. O princípio constitucional da segurança jurídica no processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Volume 94. Jan-Mar 2016. P. 249-262

<sup>295</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1032

põem fim aos conflitos eclodidos na sociedade. Seu tratamento específico emerge do texto do artigo 5º, inciso XXXXVI da Lei Maior da União, que assegura não só a intangibilidade do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, como também da coisa julgada frente à lei nova [...]<sup>296</sup>

Como se registrou, um dos escopos do próprio processo civil e um dos objetivos da própria jurisdição é, em seu aspecto social, a pacificação dos litígios com a estabilização dos conflitos sociais, mediante imposição de uma decisão judicial (tutela jurisdicional), com imperatividade decisória.

Uma das funções do Estado, e, principalmente, uma das funções da atividade jurisdicional do Estado, é a solução definitiva do conflito. É o que a doutrina aponta como escopo social da jurisdição e do processo, como se discorreu anteriormente, na linha, por exemplo, da lição de Candido Rangel Dinamarco<sup>297</sup>.

Há preocupação em que a tutela jurisdicional seja, para além de adequada e correta juridicamente, efetiva no plano prático e social – o acesso adequado à Justiça, que importa na concessão adequada e efetiva da tutela jurisdicional, em um processo civil de resultados, como se registrou.

O processo é o instrumento do Estado para exercício de sua atividade jurisdicional, sendo a via adequada para efetivação do direito material, como se expôs. Um dos escopos da jurisdição, e, portanto, que norteia e torna-se escopo do próprio processo, é o escopo social, correspondente, como registrado anteriormente, à pacificação social do litígio trazido, mediante imposição de uma decisão adequada para resolução, em prol do restabelecimento da harmonia social.

Nessa ordem de ideias, para além da pacificação do litígio social, o sistema jurídico, sobretudo processual, tem preocupação com a definitividade dessa resolução dada. Essa preocupação – com a resolução definitiva – expressa o conteúdo jurídico que lastreia o princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica, que foi a maior preocupação do sistema juspositivista, como se expôs anteriormente nessa dissertação, visa, em síntese, a conferir estabilidade e previsibilidade ao funcionamento do sistema jurídico, mediante estruturação prévia de regras

---

<sup>296</sup> ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. 2003. P. 46-47

<sup>297</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 157

de correlação entre os elementos do sistema e proteção definitiva ao resultado dessas operações e interrelações.<sup>298</sup>

A coisa julgada, regra derivada desse princípio da segurança jurídica, e instituto de expressão de estabilização das tutelas jurisdicionais e definitividade das pacificações sociais, desempenha relevante protagonismo em prol da função social da jurisdição, com vistas à definitividade da pacificação do conflito.<sup>299</sup>

Como ensina Luiz Eduardo Ribeiro Mourão: “Conclui-se, portanto, que o instituto da coisa julgada concretiza, na esfera jurisdicional, o princípio constitucional da segurança jurídica, dando estabilidade às decisões judiciais.”<sup>300</sup>

A coisa julgada é apontada como final da atividade jurisdicional, escopo da própria atividade estatal judiciária, ao menos em um viés jurídico do processo, com vistas justamente à concretizar e encerrar a atividade jurídica do Estado, mediante concessão de proteção definitiva ao bem da vida tutelado judicialmente – essa é, como se verá mais a frente, inclusive, a definição de coisa julgada para Chiovenda<sup>301</sup>.

Em si mesma, a coisa julgada não é instituto processual, mas verdadeiramente fenômeno de matriz constitucional, advinda do já citado artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição: sua autoridade visa assegurar a imunidade das situações consumadas, em concretização da segurança jurídica<sup>302</sup>.

Portanto, cabe reiterar que a coisa julgada é uma garantia constitucional, garantia de todos de segurança na faceta jurídica.<sup>303</sup>

A regra da coisa julgada é fenômeno processual que visa garantir a certeza e estabilidade da posição jurídica, com definitiva estabilização da solução, evitando-se o rediscutir ou alteração desse resultado do sistema. E a partir dessa definitividade, a parte tem

---

<sup>298</sup> DELLORE; Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015. P. 70

<sup>299</sup> ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 26-27

<sup>300</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. P. 115

<sup>301</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Milano: Giuffrê, 1993. P. 267. APUD MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 151

<sup>302</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 356

<sup>303</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019.; e ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1032

o direito de ter total efetividade e garantia de exercício de sua posição jurídica tutelada pelo sistema jurídico. Ela visa garantir que a função social cumpra adequadamente “o seu papel de pacificação social com segurança e estabilidade das relações jurídicas”.<sup>304</sup>

O instituto jurídico da coisa julgada, portanto, é apontado como escopo jurídico da atividade jurisdicional e manifestação do Estado Democrático de Direito, sendo instituto que instrumentaliza e efetiva o princípio da segurança jurídica. Isso porque o instituto da coisa julgada acoberta, em definitividade, e marca o fim da atividade jurisdicional prestada pelo Estado. É, em suma, o marco jurídico do fim do processo.

---

<sup>304</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1032

### 3.4 COISA JULGADA: CONCEITO

O conceito de coisa julgada tem origem histórica longínqua, com a gênese da regra localizada na Lei das Doze Tábuas, instituídas em Roma em 451 a.C., com previsão da proibição da causa ser novamente julgada (*bis de eadem re ne sit actio*).<sup>305</sup>

O direito romano em seu período clássico (por volta dos anos 149 a.C. até 126 a.C.) apresentou desenvolvimento jurídico do instituto da coisa julgada, ligado a ideia da proibição de redecisão da causa já solucionada (eficácia negativa da coisa julgada). Em síntese, após o estabelecimento da controvérsia entre as partes e nomeação de um juiz com conhecimento na matéria para julgá-la, essa decisão era final e definitiva, de forma que aquela controvérsia não poderia mais ser submetida a novo julgamento.<sup>306</sup>

No direito romano, a *exceptio rei judicatae* consistia justamente na proibição de uma causa ser novamente decidida, de modo a tutelar o conteúdo da decisão anterior – o que contribui para aproximação do instituto da coisa julgada à noção de ficção da verdade.<sup>307</sup>

A coisa julgada sempre foi instituto utilizado pelos sistemas jurídicos como instrumento em busca de uma maior segurança jurídica, com principal foco em uma maior estabilidade social, visando impedir que questões já solucionadas fossem novamente controvertidas e postas a novo julgamento.<sup>308</sup>

Não é exclusividade do sistema brasileiro – e nem dos sistemas da *civil law*. Em países que adotam o sistema jurídico da *commow law*, como Estados Unidos da América (EUA), a coisa julgada também desempenha importante função de segurança jurídica e pacificação social: “*If disputants could just reopen their adjudicated disputes, there would be no end to litigation, nor a beginning of authority. Finality is not just an efficient policy, it is a necessary condition for the existence of a judiciary*”<sup>309</sup>

<sup>305</sup> NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. P. 10

<sup>306</sup> NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. P. 11; e NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 33

<sup>307</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. P. 12.

<sup>308</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1030

<sup>309</sup> CASAD, Robert C; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata: a handbook on its theory: doctrine and practice*. Durham: Caroline Academic Press, 2001.

No Uruguai, Eduardo Couture conceitua coisa julgada também ressaltando a segurança jurídica e finalização do processo, com impossibilidade de eterna rediscussão dos casos, que precisam ter um fim, “*el concepto jurídico de cosa juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, podemos decir que es la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla*”<sup>310</sup>

Em especial, para além da análise das doutrinas brasileiras e compreensão das teorias aqui defendidas a respeito da coisa julgada, é oportuno verificar, ainda que brevemente, as lições dos processualistas italianos a respeito do instituto.

A um porque as doutrinas italianas, sobretudo nessa matéria, tiveram fortíssima repercussão e influência nas doutrinas brasileiras e compreensões dos processualistas nacionais a respeito do tema; e, a dois, porquanto as lições italianas repercutiram diretamente, também, nas normas jurídicas processuais brasileiras, principalmente no Código de Processo Civil de 1973 e no atual Código de Processo Civil de 2015.

---

<sup>310</sup> Apud PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 52

### 3.4.1 As lições italianas sobre coisa julgada

Para Giuseppe Chiovenda, o instituto da coisa julgada estava ligado a própria eficácia do pronunciamento judicial: coisa julgada é a eficácia da sentença que julga a demanda, tornando-a inconteste em relação aquele bem da vida. Para ele, a coisa julgada é, portanto, um dos efeitos da sentença.<sup>311</sup>

Chiovenda afirmava que a sentença produz a coisa julgada, sendo essa conceituada como “*quella efficacia inerente alla sentenza del giudice*”.<sup>312</sup>

O processualista italiano teve como escopo desvincular o conceito de coisa julgada de verdade, afastando, ainda, o raciocínio do julgador da própria tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Para tanto, Chiovenda resgata o conceito romano de coisa julgada, com redução ao pedido deduzido no processo, e busca repudiar os motivos e questões incidentais deste conceito de *res judicata*; conforme ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni<sup>313</sup>

As lições do italiano combatem, sobretudo, o conceito anterior de coisa julgada defendido na Alemanha por Savigny, que preconizava que a coisa julgada era formada pelo pedido e pelos fundamentos e razões de decidir, com aproximação do instituto jurídico do conceito de verdade. A presunção de verdade seria ampla, recaindo, para além do dispositivo de solução do conflito, para todos os antecessores lógicos fundantes desse dispositivo; como ensina Luiz Guilherme Marinoni.<sup>314</sup>

Para Savigny, a coisa julgada era o caráter (efeito) de verdade formal que era dada à sentença após o seu trânsito em julgado, de modo que a sentença passava a ser única verdade sobre os fatos julgados; nas lições de Ronaldo Cramer.<sup>315</sup>

Na Alemanha, a doutrina de Savigny foi desenvolvida por Konrad Hellwig, que preconizava que coisa julgada era efeito da sentença que tornava imutável a declaração jurídica contida da decisão, sendo tal efeito obtido após o trânsito em julgado. A coisa julgada, portanto, seria o efeito declaratório da sentença. Essa linha de entendimento foi

---

<sup>311</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, volume I. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 518

<sup>312</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, volume I. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 399

<sup>313</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 149

<sup>314</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 162

<sup>315</sup> CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 191 páginas. 2010.

seguida por grandes doutrinadores, como James Goldschmidt e Friedrich Lent, por exemplo; como elenca Ronaldo Cramer em sua dissertação.<sup>316</sup>

Para Giuseppe Chiovenda, a coisa julgada tem como função impedir que uma decisão posterior possa reduzir ou modificar a proteção ao bem da vida já concedida anteriormente por meio de uma tutela jurisdicional. O autor chega a preconizar que a coisa julgada é “suprema exigência da ordem e da segurança da vida social”, justamente para impedir a contestação à situação de proteção do bem da vida fixada judicialmente. A preocupação do doutrinador é, sobretudo, eliminar a situação de incerteza a respeito do bem da vida e prestigiar a atividade estatal e a autoridade da própria jurisdição<sup>317</sup>

Essa doutrina italiana de Chiovenda teve fortíssima influência no Código de Processo Civil Italiano e também no Código de Processo Civil de 1973, ambos que limitam a coisa julgada ao pedido deduzido.<sup>318</sup>

Em posição contrária, Enrico Tullio Liebman distinguiu coisa julgada de efeitos da sentença, seguindo as lições desenvolvidas na Alemanha. O autor se debruçou na possibilidade da sentença surtir efeitos antes do trânsito em julgado, de modo a afastar os conceitos dos institutos da coisa julgada e dos efeitos da decisão. Para Liebman, a coisa julgada seria uma qualidade dos efeitos da sentença, mas sem se confundir com eles.<sup>319</sup>

Isso porque, como o doutrinador explica, os efeitos da sentença, inclusive o efeito declaratório, podem ser produzidos antes ou depois do trânsito em julgado, de modo que a formação da coisa julgada é prescindível para tais efeitos. Não haveria, portanto, vinculação entre coisa julgada e efeitos da sentença. E, portanto, as demais correntes jurídicas que sustentam a coisa julgada como qualidade de um dos efeitos da sentença (o declaratório) desprezam a proteção aos demais efeitos da sentença.<sup>320</sup>

---

<sup>316</sup> CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 191 páginas. 2010.

<sup>317</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione*. Milano: Giuffrè, 1993. P. 267. APUD MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 151

<sup>318</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 145

<sup>319</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 38

<sup>320</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 21-30

Liebman, destarte, caracteriza coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença, qualidade esta de os tornar imutáveis para processos futuros:<sup>321</sup>

De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhe a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis da sentença.<sup>322</sup>

Francesco Carnelutti apresentou ferrenhas críticas à teoria de Liebman, sobretudo no tocante ao termo “autoridade” adotado por Liebman. Para Carnelutti, a autoridade não significava imutabilidade da decisão, mas sim eficácia da própria decisão, que seria imutável. Apesar das críticas e debates ocorridos entre os dois doutrinadores italianos, as suas teorias apresentam semelhanças e pontos de contato, existindo, apenas, divergências terminológicas. Carnelutti preconizava que a imperatividade da sentença não se confundia com a imutabilidade, em uma espécie de distinção entre coisa julgada material e formal, respectivamente.<sup>323</sup>

---

<sup>321</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 55

<sup>322</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 23

<sup>323</sup> SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P. 57

### 3.4.2 Coisa julgada na doutrina brasileira

A conceituação e compreensão do instituto da coisa julgada está longe de ser pacífica na doutrina jurídica brasileira. A exemplo das divergências entre as clássicas lições italianas, expostas anteriormente, os estudiosos do tema no Brasil também se dividem em diversas correntes que compreendem a coisa julgada sob enfoques distintos.

Dentre as diversas compreensões acerca do tema, a maioria da doutrina brasileira pode ser agrupada em três grandes classes de teorias da coisa julgada: (i) coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença; (ii) coisa julgada como situação jurídica; e (iii) coisa julgada como qualidade do efeito declaratório da sentença.

As três correntes serão brevemente expostas a seguir, com suas características gerais.

### 3.4.2.1 Coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença

A compreensão da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença, ou seja, característica que recai nos efeitos da sentença, advém da lição de Liebman, que reconstruiu a teoria de Chiovenda, como exposto anteriormente.

No Brasil, em geral, as lições processuais de Liebman foram amplamente difundidas e adotadas, sobretudo por forte influência da escola de processo civil da Universidade de São Paulo, tendo Candido Rangel Dinamarco como um dos principais expoentes.

A principal justificativa para os adeptos dessa teoria que assim compreendem a coisa julgada é o fato dos efeitos da sentença serem possíveis de serem sofridos por terceiros, por sujeitos que não participaram do processo judicial. E, por outro lado, a coisa julgada detém eficácia subjetiva limitada às partes do processo judicial. Portanto, a coisa julgada não seria um dos efeitos da sentença. A coisa julgada não poderia ser confundida, por exemplo, com a efetividade do comando decisório (este sim, um efeito da sentença), que recai sobre terceiros, inclusive.<sup>324</sup>

Ademais, a coisa julgada não seria um efeito da sentença porquanto a sentença surte efeitos assim que prolatada, não se submetendo ao trânsito em julgado como condição para sua efetividade – condição, todavia, para formação da coisa julgada. E, destarte, coisa julgada e efeito da sentença seriam diversos, com marcos iniciais distintos.<sup>325</sup>

A coisa julgada, portanto, seria justamente uma qualidade que recai nos efeitos da sentença: a qualidade de indiscutibilidade e imutabilidade da sentença, que ampara com estabilidade os seus efeitos. A coisa julgada é vista como um manto de proteção da sentença que permite a plena fluência de seus efeitos em total força e eficácia.<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 341

<sup>325</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 359

<sup>326</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 797

Assim, a coisa julgada seria um “estado de segurança jurídica quanto às relações entre os que litigaram no processo”, incidindo sobre os efeitos da decisão de mérito; como ensina Dinamarco, na linha das lições de Liebman.<sup>327</sup>

A sentença, portanto, gera efeitos e tem eficácia independente da coisa julgada. É o que se extrai atualmente da possibilidade de cumprimento provisório de sentença, hipoteca judiciária legal, e pela própria redação de dispositivos do Código de Processo Civil, como, por exemplo, o artigo 502 que distingue coisa julgada e efeitos da sentença; eles, de fato, e para esta teoria, que parece ter sido adotada pelo diploma processual, não se confundem.<sup>328</sup>

A doutrina tem apontado que a alteração de redação do anterior Código de Processo Civil de 1973 para o atual Código de Processo Civil de 2015, ao modificar o termo “eficácia” do revogado artigo 467 para o atual termo “autoridade” constante do mencionado e vigente artigo 502 é prova cabal da adoção da teoria de Liebman pelo sistema jurídico processual brasileiro, com adoção do próprio vocábulo (autoridade) do italiano.<sup>329</sup>

A coisa julgada é vista, assim, na linha do que Liebman preconizava, como uma autoridade que se agrega à eficácia da sentença, mas não se confunde de forma alguma com seus efeitos (eficácia).<sup>330</sup>

Nas lições de Liebman, traduzidas ao vernáculo por Alfredo Buzaid:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir com precisão como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos quaisquer que sejam do próprio ato.<sup>331</sup>

---

<sup>327</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: Volume III. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 365

<sup>328</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 359

<sup>329</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 359; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: Volume III. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 366

<sup>330</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em < [https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf) > Acesso em 06 jan 2022

<sup>331</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, P. 54

Extrai-se daí, portanto, que a coisa julgada seria um “estado de segurança jurídica quanto às relações entre os que litigaram no processo”, como ensina Candido Rangel Dinamarco, expoente da teoria de Liebman no Brasil, de modo que a *res judicata* incide nos efeitos da decisão, com função de capa protetora que imuniza tais efeitos e os protege.<sup>332</sup>

Essa compreensão de coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença, na linha de Liebman, é a mais aceita e difundida na doutrina brasileira.<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: Volume III. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 365

<sup>333</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015; DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume 4. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

### 3.4.2.2 Coisa julgada como situação jurídica

José Carlos Barbosa Moreira, ao contrário de Candido Rangel Dinamarco, não se associa totalmente à teoria de Liebman na compreensão de coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença, compreendendo o instituto de forma diversa.

Para Barbosa Moreira, a coisa julgada é qualidade do próprio ato, da própria sentença – e não de seus efeitos. A coisa julgada e suas características tutelam o conteúdo da sentença em si, o ato judicial, e não é uma capa de proteção aos seus efeitos.

Assim, a coisa julgada consistiria em uma característica da própria sentença – especificamente, da parte dispositiva da sentença, que traz o resultado do processo e fixa a norma reguladora ao caso concreto. Seria esse elemento que teria a proteção da coisa julgada. É essa situação jurídica fixada pela sentença que seria acobertada pelo manto da coisa julgada.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

A eficácia, entendida simplesmente como aptidão para produzir efeitos (variáveis, é claro, segundo a natureza da decisão), é atributo autônomo, do ponto de vista conceptual, em relação à coisa julgada, como atestam os casos em que, inexistente esta, nem por isso se dirá que a sentença seja desprovida de efeitos – sem que, por outro lado, se negue à lei possibilidade de marcar para a produção deles, em caráter absoluto ou como regra geral, um termo *a quo*, coincidente com o momento de formação da *res iudicata*. Nesta hipótese, a sentença só produzirá efeitos, aos menos no comum dos casos, quando se houver tornado imutável; mas nem por isso será me– nos nítida a distinção ontológica entre eficácia e imutabilidade.

Tem razão, pois, Liebman em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada. Menos feliz parece, entretanto, a escolha da direção em que se projetou o feixe luminoso. O mestre, que deu um passo decisivo no sentido de libertar a problemática da *res iudicata* da inoportuna vinculação com a da eficácia da sentença, não conseguiu libertar-se totalmente, êle mesmo, do pêso de um equívoco em má hora feito tradição. Tendo demonstrado que a coisa julgada não se podia equiparar a um efeito da sentença, hesitou em atravessar o Rubicon, para assentar, como cumpria, a absoluta independência, no plano dos conceitos, entre *auctoritas rei iudicatae* e eficácia da decisão. A única alternativa que descobriu para atitude tradicional foi a de identificar a coisa com uma qualidade (imutabilidade) da sentença e... dos seus efeitos! Mais destes que daquela, até, se considerarmos a maior insistência com que Liebman, ao longo de sua brilhante elaboração, se detém no segundo aspecto.<sup>334</sup>

Para essa corrente, a coisa julgada não se caracteriza como qualidade dos efeitos da sentença (nenhum dos efeitos, nem o “efeito declaratório” da sentença), mas sim a

---

<sup>334</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil – Revista dos Tribunais*. São Paulo, volume 1, out 2011.

qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade do próprio conteúdo do ato judicial, recaindo na norma jurídica contida na sentença.

Isso porque, para essa corrente, na linha do que expõe José Carlos Barbosa Moreira, a sentença como um todo é a própria declaração. Quando se limita a coisa julgada a um “efeito declaratório” ou um “conteúdo declaratório”, se está meramente limitando a um dos preceitos contidos no todo do ato decisório. Toda sentença, em conjunto de suas partes, detém a declaração de direito, da norma aplicável ao caso; e é isto que é acobertado pela coisa julgada, a própria sentença em si.

A partir do momento em que a sentença transita em julgado, ela produz o efeito de tornar-se indiscutível. Nesse momento, a sentença receberia um efeito que se produz sobre ela – sentença é paciente, e não agente. E, portanto, a sentença passaria a uma nova situação jurídica – de transita em julgado, recebendo tal efeito, recebendo, em outras palavras, a coisa julgada. É esse o pensamento da corrente que vê a coisa julgada como situação jurídica.

Essa nova situação, a que a sentença tem acesso mediante a preclusão dos recursos, é que se denominará com propriedade, como oportunamente sugere Machado Guimarães, coisa julgada. Nela ingressando, reveste-se a sentença de atributo também novo, que consistente na imunidade a contestações juridicamente relevantes. A isso se chamará autoridade da coisa julgada.<sup>335</sup>

É essa situação jurídica que foi resolvida pelo Poder Judiciário que está tutelada pela coisa julgada

Aqui, situação jurídica deve ser compreendida como atribuição de um efeito legal a determinado fato, como propõe Luiz Eduardo Mourão. O fato jurídico é a causa da situação jurídica (fato-causa). E o fato jurídico que constitui a causa da coisa julgada é o trânsito em julgado da decisão. “A esse fato jurídico – o trânsito em julgado – a lei atribui um determinado efeito jurídico, na busca pela proteção de um valor jurídico. Esse efeito é a imutabilidade.”<sup>336</sup>

Segue Mourão: “Portanto, do fato jurídico do trânsito em julgado de uma decisão judicial a lei faz nascer uma nova situação jurídica, que se caracteriza pela imutabilidade do conteúdo da decisão judicial. Essa nova situação jurídica denomina-se coisa julgada”<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual*, 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

<sup>336</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 30-32

<sup>337</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 34

Essa compreensão parece ter sido adotada por outros doutrinadores processuais brasileiros, como Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>338</sup>, Alexandre Freitas Câmara<sup>339</sup> e Eduardo Talamini<sup>340</sup>, por exemplo.

A partir do momento do trânsito em julgado, em que a decisão se torna imune a impugnações, ela se torna estável. E essa estabilidade se denomina coisa julgada, na compreensão de José Carlos Barbosa Moreira. É essa situação jurídica, de preclusão recursal, que caracteriza a situação da coisa julgada.<sup>341</sup>

Com essa linha de raciocínio, “o que se coloca sob o pálio da incontestabilidade não são os efeitos jurídicos da sentença, mas a norma jurídica individualizada, ou melhor, o conteúdo decisório contido no dispositivo da própria sentença”, de modo que, portanto, a parte beneficiada pela coisa julgada não estaria impedida de transacionar sobre os efeitos da sentença, inclusive em sede de renúncia.<sup>342</sup>

---

<sup>338</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>339</sup> CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

<sup>340</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>341</sup> SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. P.59

<sup>342</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

### 3.4.2.3 Coisa julgada como efeito declaratório da sentença

Outra corrente teórica de compreensão da coisa julgada recebe também amparo na doutrina brasileira: trata-se de reconhecer a coisa julgada como qualidade atinente ao efeito declaratório da sentença.

No Brasil, grandes expoentes dessa compreensão são Botelho de Mesquita e Ovídio Baptista da Silva, ao defender que a imutabilidade decorrente da coisa julgada reside justamente no elemento declaratório da sentença: a coisa julgada seria fenômeno processual que gera a imutabilidade desse efeito declaratório nas sentenças de mérito.<sup>343</sup>

Essa linha de raciocínio é também compartilhada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>344</sup>, por exemplo.

Para Ovídio Baptista da Silva, é apenas o elemento declaratório, a parte dispositiva da sentença, que está acobertada pela coisa julgada, porquanto é apenas esse efeito que não pode ser modificado pelas partes, e que detém a característica da imutabilidade, típica da coisa julgada. É a declaração de direito a única parte da sentença que é imutável, protegida de qualquer modificação que as partes possam fazer quanto aos demais efeitos.<sup>345</sup>

A sentença condenatória, por exemplo, que gera o efeito do réu ser obrigado a pagar o autor, pode ser modificada no efeito condenatório mediante acordo das partes, como renúncia de direito, dação em pagamento, confusão ou qualquer outro dos institutos materiais que gerem a extinção ou alteração da dívida. Mas a declaração jurídica que o réu deve ao autor, esta é imutável – e aqui residiria a coisa julgada, nessa imutabilidade do elemento declaratório.

---

<sup>343</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. P. 104-106

<sup>344</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*: volume 2: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 671-67

<sup>345</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. P. 104-106

Botelho de Mesquita também defende essa compreensão, concluindo que a coisa julgada consistiria na aplicação dos efeitos do trânsito em julgado ao conteúdo declaratório da sentença. Assim, ao contrário de Liebman, a imutabilidade e indiscutibilidade não seriam, para essa corrente, qualidades dos efeitos da sentença, mas sim qualidades do elemento declaratório da sentença; conforme ensina Luiz Ribeiro Mourão.<sup>346</sup>

---

<sup>346</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 104

### 3.5 ATRIBUTOS DA COISA JULGADA

A par das posições doutrinárias teóricas a respeito da compreensão do instituto, certo que a coisa julgada tem relevantes atributos que são identificados pela doutrina, que caracterizam o próprio fenômeno. Tais atributos detêm grande relevância prática na operacionalização do sistema jurídico, alterando as relações entre os elementos do sistema, com efeitos para além do processo.

Merece comentário e ressalva o fato das doutrinas e lições a respeito dos atributos da coisa julgada, em especial no que diz respeito às diferenciações entre coisa julgada material e formal, terem se formado à luz do revogado diploma processual anterior – o Código de Processo Civil de 1973. Conforme se verá a seguir, por exemplo, o principal traço distintivo entre os fenômenos da coisa julgada material e formal é a produção de efeitos extraprocessuais, para além daquela relação jurídica. Isto porque o tema era relativamente assente e assim tratado até 2015.

Mas com o advento do atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), a temática da coisa julgada sofreu diversas alterações. O próprio traço distintivo entre os fenômenos, acima apontado, parece ter perdido a racionalidade de ser, à medida que a lei cristaliza hipóteses em que a coisa julgada dita formal gera efeitos extraprocessuais – para além dos casos já conhecidos da perempção e litispendência, por exemplo, o Código agora expressamente cuida desses efeitos extraprocessuais da coisa julgada formal na disciplina da ação rescisória para seu afastamento, valendo a consulta do disposto no 966, inciso §2º, incisos I e II da citada lei.

Novas luzes sobre o tema foram lançadas por Marcos de Araújo Cavalcanti, que propõe uma reconstrução dessa clássica distinção entre a coisa julgada formal e material que, por certo, vale o estudo para aprofundamento no tema<sup>347</sup>. Em suma, e após análise do tema, o autor conclui que:

Por conseguinte, especialmente a partir do que estabelece o CPC/2015, não é correto relacionar de modo absoluto a coisa julgada formal aos efeitos endoprocessuais e a coisa julgada material aos efeitos extraprocessuais da indiscutibilidade. A coisa julgada de decisões processuais, em algumas ocasiões, também pode gerar efeitos para além do processo no qual foi formada, razão pela qual não se enquadra no

---

<sup>347</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

tradicional conceito de coisa julgada formal. Por outro lado, as decisões processuais também não se incluem no conceito de coisa julgada material, pois não são decisões de mérito. Daí a necessidade de se apresentar uma nova divisão conceitual, que leve em consideração outro critério que não seja exclusivamente o conteúdo da decisão transitada em julgado, já que tal parâmetro se mostra incapaz de explicar isoladamente todas as formas de manifestação dos efeitos jurídicos da coisa julgada.<sup>348</sup>

Marcus de Araújo Cavalcanti propõe uma nova divisão conceitual, entre as seguintes categorias: (a) coisa julgada formal, que se subdivide em: (i) coisa julgada formal com eficácia interna, para decisões meramente processuais; e (ii) coisa julgada formal com eficácia externa, para decisões processuais impeditivas de propositura de nova ação judicial; e (b) coisa julgada material, com decisões de mérito e prejudiciais de eficácia externa.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

<sup>349</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

### 3.5.1 Indiscutibilidade, imutabilidade, coisa julgada formal e material

A lição clássica da doutrina aponta que o traço distintivo entre o que se denomina “coisa julgada formal” e a compreensão de “coisa julgada material” está justamente na presença do atributo da imutabilidade exoprocessual, que caracteriza esse último, e não o primeiro. A imutabilidade, própria da coisa julgada material, impõe a impossibilidade de modificação do quanto decidido para além do próprio processo, com efeitos exoprocessuais para outras relações jurídicas-processuais.

De modo geral, a distinção entre coisa julgada formal e material sempre ocorreu no que diz respeito à extensão da “imutabilidade” da decisão; como ensina José Rogério Cruz e Tucci:

A dogmática identifica, a propósito, a distinção entre coisa julgada formal, que caracteriza as ‘sentenças terminativas’, tornando-as imutáveis no respectivo processo em que proferidas, e coisa julgada material, que se forma sobre as ‘sentenças definitivas’, vale dizer, sentença de mérito cuja imutabilidade se projeta ‘para fora’ do processo (pamprocessual) impedindo qualquer ulterior contestação ao que restou decidido.<sup>350</sup>

A coisa julgada, em seu caractere “formal” ou “material” é vista como diferentes etapas do mesmo fenômeno pela maioria da doutrina (“degraus do mesmo fenômeno”, na exata expressão de Arruda Alvim<sup>351</sup>), diferenciando-se em seu gradativo momento de formação temporal. José Frederico Marques chega a apontar, de forma elucidativa, que a coisa julgada formal é condição prévia para formação da posterior coisa julgada material<sup>352</sup>, afirmação que é também subscrita por Ovídio Baptista da Silva.<sup>353</sup>

Isso porque primeiro há ocorrência da indiscutibilidade do quanto decidido dentro dos limites da própria relação jurídica-processual, como prevê expressamente o próprio artigo 502 do Código de Processo Civil. O que foi decidido, não deve ser novamente discutido e redecidido – se não presentes as hipóteses excepcionais previstas na lei que, em verdade, trazem situações de alteração de causa de pedir que modifica propriamente o quanto pedido e decidido, sem identidade prévia, sequer havendo ocorrência da coisa julgada.

<sup>350</sup> TUCCI, José Rogério Cruz E. *Comentários ao Código de Processo Civil*: arts. 311 a 538. Saraiva: São Paulo, 2017. P. 481

<sup>351</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1033

<sup>352</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª edição. Campinas: Millenium, 2000. P. 353

<sup>353</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 390

Após ser indiscutível no curso daquele processo, ao chegar ao fim, com a formação da coisa julgada material, a questão torna-se imutável, na forma que foi decidida.

A indiscutibilidade é atributo da coisa julgada que impede a rediscussão da decisão, com vistas a impedir a modificação do quanto decidido, para preservar o conteúdo da decisão. E, após o trânsito em julgado e vinda da proteção da coisa julgada material, fica vedada a possibilidade de modificação dessa decisão.

É justamente o atributo da indiscutibilidade da coisa julgada que traz a “impossibilidade de questionar o que já foi decidido e transitou”, de modo a impedir que a mesma postulação seja levada mais uma vez à decisão do Estado, respeitando os anteriores efeitos da decisão prolatada.<sup>354</sup>

O atributo da imutabilidade, por seu turno, é usado pela doutrina para se referir à impossibilidade da coisa julgada ser desfeita ou alterada, via de regra.<sup>355</sup>

De toda forma, a distinção entre coisa julgada formal e material é vista como faces distintas do mesmo fenômeno, e não verdadeiramente institutos diversos (Liebman e Dinamarco).<sup>356</sup>

O fenômeno da imutabilidade da decisão, portanto, como ensina Candido Rangel Dinamarco, “implica em pôr um ponto final nos debates e nas dúvidas, oferecendo a solução final destinada a eliminar o conflito (coisa julgada material) ou ao menos a extinguir os vínculos inerentes à relação processual (coisa julgada formal)”<sup>357</sup>.

O próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 502, traz o conceito legal de coisa julgada material: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

A lei não traz definição acerca do instituto da coisa julgada formal, cabendo à doutrina a sua conceituação.

---

<sup>354</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 361

<sup>355</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 361

<sup>356</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 356

<sup>357</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 356

Tradicionalmente, a doutrina, como faz Arruda Alvim, denomina a coisa julgada em sentido formal como “preclusão máxima”<sup>358</sup>, reservando o termo “coisa julgada” apenas para compreensão da coisa julgada material. Para o autor, a coisa julgada formal (preclusão máxima) é a qualidade da imutabilidade de uma última decisão do processo, um termo final a determinado conflito de interesses, com encerramento da fase de conhecimento.<sup>359</sup> Em linhas gerais, é essa a compreensão adotada pela doutrina brasileira a respeito da coisa julgada formal.<sup>360</sup>

Nas lições de Araken de Assis:

encara-se a coisa julgada, realmente, sob dois ângulos distintos, mas complementares: (a) coisa julgada formal, quando obsta o prosseguimento das atividades processuais e a reapreciação do decidido no mesmo processo *ex officio* ou por iniciativa do interessado, por isso também chamada de preclusão máxima, mas não obsta a instauração de nova demanda com idêntico objeto; (b) coisa julgada material, quando o decidido não mais poderá ser apreciado em outro processo, em sentido divergente ou convergente, mediante a instauração de uma nova demanda com idêntico objeto (função negativa) ou de outra demanda, completamente distinta, mas cujo desfecho poderá contradizer, no todo ou em parte, o primeiro processo (função positiva).<sup>361</sup>

A coisa julgada formal, portanto, cinge-se aos limites do processo em que a decisão por ela acobertada foi proferida.

E, por seu turno, a coisa julgada material é “a qualidade de imutabilidade e consequentemente indiscutibilidade do comando contido na decisão de mérito que transborda as dimensões do processo em que foi proferida, projetando-se para todo e qualquer processo”<sup>362</sup>.

Aqui a coisa julgada (material) serve como protetora dos efeitos substanciais da sentença (ao menos na compreensão da teoria de Liebman, adotada por Dinamarco), no sentido de proteger os efeitos da sentença para fora do processo, sobre a vida das pessoas; para além da tutela da sentença contra possíveis questionamentos do processo, trata-se de

---

<sup>358</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: Volume III. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 359

<sup>359</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1031

<sup>360</sup> No mesmo sentido: PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 63

<sup>361</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 27

<sup>362</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1033

efetivamente imunizá-la de forma segura aos seus litigantes, em cristalização dos direitos e deveres; isso como nos ensina Candido Rangel Dinamarco.<sup>363</sup>

A coisa julgada em seu aspecto “formal” é vista por boa parcela da doutrina como um último grau de máxima preclusão processual; de modo a compreender que “coisa julgada” se refere, apenas, a coisa julgada na compreensão material, substancial, que torna imutável e indiscutível o conteúdo da decisão de mérito.<sup>364</sup>

---

<sup>363</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 355

<sup>364</sup> THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019. P. 355; e CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019. P.72-74

### 3.5.2 Especificamente a função negativa da coisa julgada

A doutrina aponta a existência de duas funções distintas para coisa julgada: uma positiva e outra negativa. Na lição de Celso Neves: “A função da coisa julgada é, pois, dúplice: de um lado, define, vinculativamente, a situação jurídica das partes; de outro lado, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia.”<sup>365</sup>

A coisa julgada gera efeitos endoprocessuais, em relação à própria relação jurídica em que se forma, e efeitos extraprocessuais, para fora e além daquela relação jurídica processual – a denominada eficácia externa da coisa julgada.

Dentre os efeitos extraprocessuais (externos) da coisa julgada, se verifica a sua função positiva (permite que alguém realize algo) e a sua função negativa (impede determinada conduta). A indiscutibilidade da coisa julgada traz essas duas funções, externas, uma positiva e outra negativa.<sup>366</sup>

A função negativa da coisa julgada consiste em impedir o novo julgamento da demanda – a demanda identificada nos contornos de seus elementos (partes, pedido e causa de pedir) e à luz dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material, traçados pelo Código de Processo Civil.<sup>367</sup>

A função negativa da coisa julgada significa justamente o “pressuposto negativo da admissibilidade do julgamento de mérito” em demandas idênticas, como preconiza com propriedade Candido Rangel Dinamarco.<sup>368</sup>

Essa função negativa da coisa julgada encontra seu fundamento justamente na proteção ao direito fundamental à estabilidade das relações jurídicas objeto de decisão de mérito transitada em julgado, como ensina Araken de Assis.<sup>369</sup>

Essa função negativa da coisa julgada está ligada à própria razão de ser da origem histórica da coisa julgada, ligada ao princípio do *bis de eadem re ne sit actio*. Como

<sup>365</sup> NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. P. 489

<sup>366</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

<sup>367</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P.381; e ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 1044

<sup>368</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 382-383

<sup>369</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 202

prelecionou Cogliolo: “*Sopra uno stesso reporto giuridico non se può esservi due volte la legis actio cioè un processo*”<sup>370371</sup>

Nessa função, a coisa julgada veda a mesma postulação, de modo a obstar que a mesma postulação seja levada novamente ao Estado-Juiz para decisão na perspectiva de se obter resultado diverso do já concedido.<sup>372</sup>

Nas palavras de Luiz Eduardo Mourão:

A ideia central contida nesse princípio é a de impedir a repetição da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto. Essa é, portanto, a essência do que se convencionou denominar função negativa da coisa julgada, qual seja, impedir o prosseguimento de um novo processo, instaurado com base em demanda cujo pedido já tenha sido julgado.<sup>373</sup>

Da outra face, a função positiva da indiscutibilidade permite que o autor de um outro processo alegue a formação da coisa julgada em seu favor, como fundamento da demanda, com a certeza jurídica a respeito daquele ponto outrora duvidoso e agora indiscutível, certo, de modo que a construção da decisão judicial dessa relação processual deve se vincular e considerar aquele resultado obtido anteriormente.<sup>374</sup>

Em sua função positiva, a coisa julgada, em razão de sua autoridade, pré-exclui quaisquer ataques indiretos do autor vencedor e do réu vencido na causa originária por meio do ajuizamento de nova pretensão distinta, mas que tenha sido excluída ou é incompatível com a decisão preexistente. O vinculado gerado atinge os sujeitos do processo, de modo que “nenhum outro juízo, seja qual for sua hierarquia, pode desconsiderar ou rejeitar a eficácia da coisa julgada”, como ensina Akaren de Assis.<sup>375</sup>

Aqui, na função positiva da coisa julgada, temos que a coisa julgada “concretizará a definição judicial que foi dada à situação jurídica das partes, vinculando-as”<sup>376</sup>.

<sup>370</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P.185

<sup>371</sup> Em livre tradução: “Sobre uma mesma relação jurídica, não pode exercer duas vezes a ação da lei, ou seja, o processo”

<sup>372</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 361; e PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 178

<sup>373</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 186

<sup>374</sup> CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

<sup>375</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 210

<sup>376</sup> MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 186

#### 4. AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO

Princípios entram em conflito a todo momento, em razão do seu grau de abstração e generalidade, com ausência de contornos rígidos acerca do seu conteúdo e alcance, o que permite a argumentação de sua incidência em variadas situações, com maior prevalência de um em relação ao outro.

No processo civil não é diferente. Os constantes conflitos de princípios são resolvidos de diversas formas, seja pela resolução prévia da própria norma, que traz regra preordenada de resolução daquele conflito específico, seja por meio de decisões judiciais a respeito. Essas decisões podem ser de diversas espécies: decisões monocráticas de primeiro ou segundo grau de jurisdição, proferidas mediante provocação das partes ou interessados, em recursos, ações autônomas ou até mesmo de ofício pelo Estado-Juiz.

Quando esse conflito de princípios se dá entre o princípio da segurança jurídica, de natureza constitucional, representado pelo instituto da coisa julgada, também com status constitucional, e outro princípio, o local adequado para análise desse conflito e resolução, no processo civil, é o ambiente de julgamento da ação rescisória.

Isso porque, como se analisará adiante, a ação rescisória é o meio processual e constitucional adequado para impugnar a decisão judicial revestida pela proteção da coisa julgada. É o meio para se desconstituir essa decisão.

Portanto, quando o conflito de princípios envolver a coisa julgada (segurança jurídica), o conflito deve ser solucionado no julgamento da ação rescisória.

Há um direito público subjetivo de qualquer indivíduo que o Estado, que assumiu a principal forma de pacificação de litígios (jurisdição), para além de efetivamente realizar o direito, como se analisou anteriormente, realmente prestar a justiça, fim último do sistema jurídico. Para além do mero direito à prestação jurisdicional, há o direito à efetiva e justa resolução judicial.<sup>377</sup>

E dentro dessa ordem de ideias, que foi exposta anteriormente na análise da tutela jurisdicional e processo civil de resultados, a ação rescisória surge como remédio processual

---

<sup>377</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 111

para correção de desvios do sistema: para casos em que a prestação jurisdicional culminou na violação de direitos, ausência de efetivação dos mesmos ou mesmo injustiças.

Especificamente no caso aqui focado, de rescisão de julgados por violação de princípio constitucional, verifica-se que a ação rescisória é o remédio jurídico apto a corrigir tal inconsistência do sistema, tal desvio – a ilegalidade, a inconstitucionalidade de uma violação de norma constitucional.

O sistema jurídico, aceite da compreensão de que as engrenagens do sistema possam, em alguns e excepcionais casos, gerar injustiças ou ilegalidades com seu resultado final, previu o remédio para corrigir tais desvios: a extraordinária ação rescisória. É por meio de tal via, nesse ambiente, que são ponderadas as engrenagens do sistema, o seu resultado final entregue (tutela jurisdicional) e eventuais desvios cometidos, verificando-se a existência de violações que devam ser corrigidas mediante novo exercício do sistema (novo julgamento do pedido, com reanálise da questão e entrega de uma nova tutela jurisdicional).

A ação rescisória se presta, em última análise, a corrigir os equívocos do sistema jurídico exercitado por meio do processo civil, em prol de tutelar as próprias características fundantes do sistema: coerência, unidade, coesão, em interrelação adequada de seus elementos (fato, valor e norma).

## 4.1 AÇÃO RESCISÓRIA

### 4.1.1 Brevíssimo histórico sobre a ação rescisória

Os historiadores do direito apontam que a rescisão dos julgados está ligada, em suas origens, à rescisão dos próprios negócios jurídicos, em razão da proximidade de natureza, na época romana, da compreensão de sentença como ato jurídico.<sup>378</sup>

No Direito Romano (período de 753 a.C. até o ano de 565 d.C.), o Pretor, valendo-se do seu poder de império, consagrava exceções às decisões judiciais, com intervenções nos atos civis em geral, com restituição de atos ou suas consequências jurídicas. Daí advém o nome “rescisória”, do termo latim *restitutiones*, que significava restituição. Nessa época, a sentença viciada era considerada como inexistente (nulidade como ato inexistente), e, portanto, deveria haver a restituição ao *status quo ante*. Paulatinamente, a rescisão das decisões passou do príncipe aos prefeitos do pretório, ao procurador de César e, ao final, aos magistrados em relação as suas próprias decisões. A rescisão das decisões estava ligada a ideia de correção de danos e injustiças, que não fossem mínimas.<sup>379</sup>

Após o período medieval (que tem sua duração histórica datada entre os anos 476 a 1453), com o renascimento do comércio e necessidade de segurança nas relações, a Itália, sob influência romano-germânica, criou o instituto da *querela nulitatis*, que visava combater as sentenças maculadas por erros procedimentais, nulas.

Com o passar dos séculos, o instituto foi se aprimorando. No Direito Lusitano, na época anterior às Ordenações, por volta dos séculos XVI e XVIII, com o mesmo escopo rescisório, surgiram as chamadas “querimas” ou “querimônias”, que eram justamente súplicas ao rei da parte que se julgava prejudicada por uma sentença “firme” (transitada em julgado); a parte pedia a intervenção da realeza na sentença prolatada. Nesse período, Portugal ainda começou a distinguir entre sentença nula e sentença viciada.<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 151

<sup>379</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 152-153

<sup>380</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 73-75

Esse sistema permaneceu durante os períodos posteriores do direito em Portugal, nas Ordenações Afonsinas, nas Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas, recebendo denominações de “revista de graça especial” e “revista de justiça”, que são apontadas como as ancestrais lusitanas da ação rescisória.

Interessante observar que na época das Ordenações, como, por exemplo, nas Ordenações Filipinas (1603), o terceiro livro (título 95), trazia a possibilidade de revisão de julgados (como se rescisória fosse), em casos de falsas provas e juízes corrompidos.

Mas, ainda, as ordenações trazem interessante hipótese de cabimento de revisão de julgado em casos de “graça special” (sic), por meio dos quais os prejudicados pelas sentenças reclamaram sua injustiça, dentro do prazo de 12 meses da publicação da sentença de encerramento do processo.

O Código de Processo Civil de Portugal de 1876, mantendo o instituto, denominou de “ação rescisória” a específica ação para desconstituir a decisão acobertada pela coisa julgada.<sup>381</sup>

---

<sup>381</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 159; e LOBO DA COSTA, Moacyr. *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995. P. 165 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 75-76

#### 4.1.1.1. Ação rescisória em outros países

Na doutrina europeia, não há controvérsia de que a cassação ou rescisão de sentenças tem origem na França, com o Tribunal de Cassação (*Cour de Cassation*) na época da revolução francesa, que tinha por escopo, sem necessidade de motivação exposta, cassar sentenças que violassem o texto expresso da lei.<sup>382</sup>

A cognição desse Tribunal era limitada, dedicando-se somente a valorar a correção jurídica da sentença recorrida. As hipóteses de cabimento da ação rescisória na França são semelhantes ao Brasil, com previsão de vício na aplicação da lei e interpretação equivocada de provas. A doutrina francesa também destaca o caráter extraordinário da rescisão de sentenças em seu país.<sup>383</sup>

Além desse recurso de cassação, o sistema francês também conta com ação semelhante à ação rescisória brasileira: trata-se da *requête civile*.

Por meio de tal ação, o sistema francês permite a rescisão do julgado em hipóteses semelhantes ao sistema brasileiro: dolo das partes, prova falsa, violações processuais, ausência de intervenção do Ministério Público, omissão na fundamentação, ofensa à coisa julgada, dentre outras.

Na Espanha, parte da doutrina aponta que o surgimento da ação rescisória ocorreu em 1812 com a Constituição de Cádiz, que criou o recurso de nulidade (próximo a uma espécie de *querella nullitatis*). Em 1829, o Código Comercial previu um recurso de nulidade por violação de forma e por violação expressa a lei, sendo o primeiro incontroverso antecedente da cassação civil na Espanha.<sup>384</sup>

Na Espanha, a doutrina também é assente na natureza jurídica de ação a respeito da ação rescisória: “*La revisión, tal como la concibe la Ley de Enjuiciamiento, no es un recurso, en realidad, sino una acción autónoma, puesto que abre una relación procesal conclusa*”<sup>385386</sup>

<sup>382</sup> SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P.42

<sup>383</sup> SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 48

<sup>384</sup> SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 50

<sup>385</sup> CASTYLLO, Alcalá-Zamora y. *Los recursos en nuestras leyes procesales, estudios de derecho procesal*. apud SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 51

<sup>386</sup> Em livre tradução: A revisão, tal como concebida pelo Código de Processo Civil, não é um recurso, na realidade, mas sim uma ação autônoma, pois abre uma relação processual conclusiva

A ação rescisória espanhola também tem hipóteses de cabimento semelhantes, sendo possível o seu uso em violação de lei, descoberta de provas e documentos novos, em superveniente condenação em falso testemunho das testemunhas utilizadas, ou falsidade de provas consideradas, em caso de fraude ou corrupção do Juiz.<sup>387</sup>

Ainda, na Espanha, a ação rescisória também tem dois juízos (rescindente e rescisório), há necessidade de depósito prévio para ajuizamento da ação rescisória e a legitimidade também se estende aos terceiros interessados; igualmente como ocorre no Brasil.

Interessante registrar que o sistema espanhol, que também conta com uma espécie de ação rescisória, portanto, tem em sua exposição de motivos umode à efetividade do processo, registrando a precípua preocupação do sistema com tal valor, de origem na Constituição da Espanha: “*El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad*”

O título VI, especificamente o artigo 510 do Código de Processo Civil da Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Civil*) prevê as hipóteses de revisão de sentença via ação de cassação:

*1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:*

*1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.*

*2.º Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.*

*3.º Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.*

*4.º Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.*<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup> FENOLL, Jorge Nieva. *El recurso de casacion civil. apud SILVA, Bruno Freire e. Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 51

<sup>388</sup> Em livre tradução: 1. Haverá uma revisão de um julgamento final:

1.º Se, depois de proferidos, forem recuperados ou obtidos documentos decisivos que não possam ter sido alienados por motivo de força maior ou por obra da parte a favor de quem foi ditado.

2.º Se tiver recaído em virtude de documentos que, no momento de serem ditados, uma das partes desconhecia que tinham sido declarados falsos em processo penal, ou cuja falsidade foi posteriormente declarada criminalmente.

3º Se reincidir em virtude de prova testemunhal ou pericial, e as testemunhas ou peritos tiverem sido condenados por falso testemunho prestado nas declarações que serviram de fundamento à sentença.

4º Se tiver sido auferido injustamente em virtude de suborno, violência ou maquinação fraudulenta.

Verifica-se, assim, também uma grande semelhança com o sistema brasileiro, seja nas hipóteses de cabimento da ação rescisória, seja no próprio procedimento de julgamento e regras procedimentais.

Na Itália, o sistema é muito parecido com a Espanha e com o Brasil. O sistema italiano conta com um recurso de cassação, também com natureza extraordinária, cabendo à Corte de Cassação, nas hipóteses limitadas em lei, a cassação da sentença. As hipóteses de cabimento são parecidas com as brasileiras, versando sobre violação de normas, má aplicação, nulidade da sentença ou procedimento ou deficiência de fundamentação. A principal distinção é que é um juízo de direito – onde não se apreciam fatos e provas, como ocorre em outros sistemas, como o brasileiro.<sup>389</sup>

Para além desse recurso de cassação, o sistema italiano conta com uma ação parecida à ação rescisória, denominada *revocazione*, prevista no Código de Processo Civil Italiano, no capítulo IV (*Capo IV, Della Revocazione*) em seu artigo 395 e seguintes (*Codici di Procedura Civile, RD 28 ottobre 1940*):

*Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in un unico grado, possono essere impugnate per revocazione:*

- 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra;*
- 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza;*
- 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario;*
- 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare;*
- 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione;*
- 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.<sup>390</sup>*

<sup>389</sup> CALAMANDREI. *La cassazione civile*. Milão, 1920. *apud* SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 55

<sup>390</sup> Em livre tradução: As sentenças proferidas em grau de recurso ou em grau único podem ser impugnadas por revogação:

- 1) se resultarem de dolo de uma das partes em prejuízo da outra;
- 2) se foi julgada com base em provas reconhecidas ou de outra forma declaradas falsas após a sentença ou que a parte vencida não tinha conhecimento de ter sido reconhecida ou declarada como tal antes da sentença;
- 3) se após a sentença for apurado um ou mais documentos determinantes que a parte não pôde apresentar em juízo por motivo de força maior ou facto do contraditório;
- 4) se a sentença resultar de erro de facto resultante dos atos ou documentos do processo. Há este erro quando a decisão se baseia na suposição de um fato cuja veracidade é inquestionavelmente excluída, ou quando se supõe a

Essa ação é extremamente semelhante com a ação rescisória brasileira, inclusive em suas hipóteses de cabimento, acima elencadas, que se aproximam das hipóteses previstas no atual rol do artigo 966 do Código de Processo Civil brasileiro. Assim como ocorre no sistema brasileiro, as hipóteses de *revocazione* italiana também são taxativas e dependem da previsão legal.<sup>391</sup>

Na Alemanha, desde 1877, o sistema adotado foi próximo do sistema francês, com adaptações ao contexto alemão. A rescisão da sentença, assim como na França, também é possível de ser realizada pela via recursal. Mas o sistema alemão também tem uma ação própria, próxima da ação rescisória brasileira, denominada *Wiederaufnahme des Verfahrens*.

Essa ação tem cabimento próximo às hipóteses já vistas, inclusive do sistema brasileiro: incompetência absoluta do Juiz, questões da imparcialidade do Juiz, ausência de adequada representação das partes (ação de nulidade); e, via ação de restituição, com cabimento em questões de fraude documental, falsidade de testemunhas, crimes ocorridos no curso do processo, Juiz corrupto ou com prevaricação, coisa julgada anterior ou prova nova apta a alterar o desfecho jurídico.<sup>392</sup>

À guisa de conclusão da análise do direito comparado, verifica-se que o instituto da ação rescisória está presente nos ordenamentos jurídicos dos países, com hipóteses semelhantes de cabimento. Os procedimentos são extremamente parecidos, inclusive.

---

inexistência de um fato cuja veracidade é positivamente estabelecida, e em ambos os casos se o fato não constituiu uma questão controversa. ponto sobre o qual a sentença deveria se pronunciar;

5) se a sentença for contrária a outro precedente transitado em julgado entre as partes, desde que não se tenha pronunciado sobre a relativa impugnação;

6) se a sentença for efeito de dolo do juiz, apurado com sentença transitada em julgado.

<sup>391</sup> SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 57

<sup>392</sup> SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 63

#### 4.1.1.2. Especificamente o histórico da ação rescisória no Brasil

Como é cediço, o direito brasileiro sofreu grande influência do direito português, sobretudo das Ordenações, que perduraram no Brasil colônia imperial até o advento da república.

No que diz respeito ao instituto da ação rescisória, o instituto estava regulamentado na Lei de 18 de setembro de 1828 e por meio dos Decretos número 737 de 1850 e 763 de 1890.

Quando a Lei de 18 de setembro de 1828 criou o então Supremo Tribunal de Justiça, com competência para julgamento de recursos de revista, a doutrina passou a discutir e divergir a respeito da “ação de nulidade” ou “ação rescisória” contra as sentenças, em razão desse instituto do recurso de revista e seu cabimento. Essa discussão já ocorria nessa época em Portugal.<sup>393</sup>

Anos depois, em 1850, o famigerado Decreto número 737 alterou expressões e regras a respeito do cabimento do recurso de revista e das ações de nulidade e rescisória, adotando o termo “ação rescisória” especificamente para designar o meio de impugnação da sentença transitada em julgado. O decreto previa as causas de nulidade da sentença, no seu artigo 680: juiz incompetente ou corrupto, contra expressa disposição da legislação comercial, fundada em provas falsas. Nesses casos, a sentença poderia ser anulada por meio da ação rescisória (artigo 681, §4º) ou, ainda, em recurso de apelação, recurso de revista ou via embargos de execução (artigo 681, §1º a 3º). Mas o decreto trazia a diferenciação entre as nulidades de pleno direito, que poderiam ser apuradas nessas outras vias ou as nulidades que dependiam de rescisão, que deveriam ser objeto de ação rescisória específica.

Em 1890, o Decreto número 763 expandiu a aplicação do Decreto número 737 às causas cíveis e gerais, para além das causas comerciais.

Em 1939, com o Código de Processo Civil, a ação rescisória veio disciplinada de forma detalhada nos artigos 798 a 801, no título III, próprio (“Da ação rescisória de

---

<sup>393</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 160

sentença”), com suas hipóteses de cabimento<sup>394</sup> (juiz impedido, absolutamente incompetente, ofensa à coisa julgada, com base em prova falsa e contra literal disposição de lei). O artigo 800 expressamente vedada a ação rescisória por injustiça na sentença, má apreciação da prova ou equívoco na aplicação do direito: “Art. 800. A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.”

Nessa legislação, admitia-se a propositura da ação rescisória contra qualquer tipo de sentença, inclusive a terminativa (sem coisa julgada material, portanto).

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o cabimento da ação rescisória foi restringido apenas para sentenças de mérito, com coisa julgada. Mas as hipóteses de rescisão foram ampliadas: acréscimo da possibilidade de rescisão com a introdução do dolo ou colusão entre as partes, da descoberta do documento novo e do erro de fato. O diploma processual traz extensa regulamentação a respeito da ação rescisória, em capítulo próprio (“Da ação rescisória”), com dez artigos inteiramente dedicados ao instituto (artigos 485 a 495).

No Código de Processo Civil de 2015, o cabimento da ação rescisória é ampliado, em relação ao objeto e hipóteses de cabimento. Passa a ser rescindível “decisão” e não apenas “sentença”; permite-se a rescisão de decisões terminativas obstativas de nova ação ou recurso, e não apenas as acobertadas pela coisa julgada material; e novas possibilidades rescisória, como vícios de coação e simulação, com ampliação dos casos de descoberta de prova nova e, inclusive, previsão de uma ação anulatória específica para atacar os atos de disposição de direitos.<sup>395</sup>

Especificamente para o escopo dessa monografia, insta observar relevantíssima alteração trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao seu antecessor de 1973: a alteração da expressão “disposição de lei”, prevista no revogado artigo 485, inciso V<sup>396</sup>, para a expressão “norma jurídica”, prevista no atual artigo 966, inciso V<sup>397</sup>. Como se

---

<sup>394</sup> “Art. 798. Será nula a sentença : I – quando proferida : a) para juiz peitado, impedido, ou incompetente racione material e; b) com ofensa à coisa julgada; c) contra literal disposição de lei. II – quando fundada em prova cuja falsidade se tenha apurado no juízo criminal. II – quando o seu principal fundamento for prova declarada falsa em Juízo criminal, ou de falsidade inequívocamente apurada na própria ação rescisória. (Redação dada pela Lei nº 70, de 1947).”

<sup>395</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 161

<sup>396</sup> “V - violar literal disposição de lei;”

<sup>397</sup> “V - violar manifestamente norma jurídica;”

verá adiante, essa modificação é de altíssima relevância com expressa autorização legal para propositura da ação rescisória por violação de princípio jurídico.

No plano constitucional, a Constituição Federal de 1988 expressamente prevê o termo “ação rescisória”, abarcando o instituto em seu texto constitucional, em quatro ocorrências, ligadas às regras de competência dos tribunais (STF; artigo 102, inciso I, alínea “J”; STJ; artigo 105, inciso I, alínea “E”; TRF; artigo 108, inciso I, alínea “B”; Justiça Federal, artigo 27, em disposição transitória).

A Constituição anterior de 1967 já previa o instituto da ação rescisória em seu texto constitucional, também em disposições de competência de julgamento de tribunais. Houve manutenção dessas regras na Emenda Constitucional número 1 de 17 de outubro de 1969.

As antigas Constituições de 1934, 1937 e 1946 também traziam a previsão da ação rescisória de forma expressa no texto constitucional, também para reger a competência de julgamentos pelos tribunais.

Não há previsão constitucional expressa do instituto nas Constituições de 1824 (Independência) e de 1891 (República).

Verifica-se, portanto, que o instituto da ação rescisória está presente no sistema jurídico brasileiro desde a descoberta do território, mesmo quando ainda era colônia de Portugal. Após a Independência, então, não há dúvida alguma: a ação rescisória faz parte da história do Brasil.

E, para além disto, verifica-se que sempre esteve em franca ampliação. Mesmo a alteração do Código de 1939 para o Código de 1973, no que diz respeito à alteração da sentença terminativa para sua impossibilidade, com restrição apenas às de mérito, não é causa de restrição, haja vista a ampliação das hipóteses de cabimento da ação rescisória, consagradas no Código de Processo Civil de 1973, que dedicou extensos artigos a sua disciplina.

O instituto da ação rescisória, além de sempre presente no sistema brasileiro, está em franca ampliação ao longo da história. E por qual motivo?

Talvez a justificativa da constante ampliação do cabimento desse remédio excepcional seja a verificação de erros do sistema jurídico, que precisam ser corrigidos. Ao longo da história, a análise de erros nas engrenagens do sistema, que culminaram na entrega equivocada de resultados – resultados estes, protegidos pela coisa julgada – trouxeram a necessidade de ampliação do cabimento desse remédio próprio para corrigir tais vícios.

#### 4.1.2 Conceito e cabimento

Ação rescisória é uma ação de conhecimento pelo procedimento especial que está prevista no artigo 966 e seguintes do Código de Processo Civil, com natureza desconstitutiva, cuja causa de pedir é alguma das hipóteses previstas no rol taxativo do artigo 966 da lei processual e cujo pedido deduzido consiste na desconstituição da coisa julgada material (ou, não havendo coisa julgada material, da decisão que impede a propositura de ação ou admissibilidade recursal), em razão de vício em sua constituição, nela própria ou advinda do processo em que prolatada<sup>398</sup>.

Essa natureza desconstitutiva da ação rescisória se refere ao juízo rescindente (que rescinde, desconstitui a decisão anterior)<sup>399</sup>. A nova decisão que será prolatada em seu lugar (substitutiva) pode ter diversas naturezas jurídicas (declaratória, condenatória, mandatória etc.)<sup>400</sup>. O procedimento de julgamento será analisado mais adiante nesse trabalho.

Trata-se de uma ação autônoma de impugnação que visa, como regra, a desconstituição da coisa julgada que impede o rejuízo da causa originária (seja em razão da coisa julgada material, seja em razão das hipóteses especiais de decisões processuais impeditivas, previstas no artigo 966, §2º do atual Código de Processo Civil).<sup>401</sup>

Na definição trazida por Araken de Assis, ação rescisória: “Denomina-se ação rescisória o remédio jurídico processual que objetiva desconstituir a coisa julgada e, a mais das vezes, obter novo julgamento da causa originária.”<sup>402</sup>

Insta observar, assim, que a existência de coisa julgada material – ou mesmo decisão de mérito – não integra o conceito de coisa julgada ou mesmo se revela como pressuposto para sua propositura; como se antes entendia à luz das revogadas disposições do

---

<sup>398</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 1406-1407; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 19-20

<sup>399</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 37

<sup>400</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 116; e MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 1406-1407; e Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 19-21

<sup>401</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 115

<sup>402</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 36

anterior diploma processual, o Código de Processo Civil de 1973<sup>403</sup>. A atual redação do mencionado artigo 966, §2º do Código de Processo Civil:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

Portanto, a ação rescisória pode ter por causa de pedir uma decisão judicial que não seja de mérito, que não esteja revestida pela coisa julgada; mas, ainda assim, seja impeditiva da propositura de uma ação, da discussão daquilo.

O escopo da ação rescisória, portanto, é rescindir, romper a sentença prolatada com vício, a sentença como ato jurídico viciado.<sup>404</sup> Trata-se a ação rescisória, assim, de uma ação autônoma de impugnação que tem por escopo a desconstituição de uma decisão judicial<sup>405</sup>, justamente com escopo de romper a barreira da imutabilidade.<sup>406</sup>

Nas palavras de Barbosa Moreira, na ação rescisória “se pede a desconstituição de sentença trãnsita em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada”<sup>407</sup>

Trata-se, inegavelmente, de uma nova ação – e não um recurso – em razão da instauração de uma nova relação jurídica-processual.<sup>408</sup> Trata-se essa ação do meio processual adequado impugnar decisões judiciais revestidas pela autoridade da coisa julgada – ou impeditivas de nova ação, conforme artigo 966, §2º do Código de Processo Civil.

Isso porque os recursos são exercitáveis na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão impugnada, sem necessidade de instauração de um novo processo,

---

<sup>403</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 1407

<sup>404</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 839

<sup>405</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil, volume 3*. 13ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 421

<sup>406</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 116

<sup>407</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 841

<sup>408</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 642; e ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 115; e Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 20

de uma nova relação, como ensina Teresa Arruda Alvim<sup>409</sup>, em assonância com a doutrina. E, portanto, por definição, a ação rescisória não é recurso.

A ação rescisória é apontada pela doutrina como uma garantia fundamental constitucional, em mesmo patamar da própria coisa julgada, extraível do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988 e que, inclusive, é expressamente prevista nas regras de competência judiciária, como, por exemplo, na regra do artigo 102, inciso I, alínea “j”.<sup>410</sup>

A razão de ser da coisa julgada está ligada a concepção de Justiça. Há situações, excepcionais, que acobertar com a autoridade da coisa julgada a decisão judicial prolatada representada grave injustiça, violando as linhas fundamentais que pautam o ordenamento jurídico, configurando alta prejudicialidade da própria legitimidade do direito e da prestação jurisdicional, como ensina Luiz Guilherme Marinoni<sup>411</sup>. Contra tais graves injustiças, o sistema criou o remédio da ação rescisória, como última linha de defesa posta a corrigi-las.

A causa de pedir da ação rescisória deve corresponder a um ou mais fundamentos previamente previstos em lei – no caso, no Código de Processo Civil. A fundamentação da ação rescisória é vinculada: tem suas hipóteses de cabimento adstritas ao rol legal. Fora dessas hipóteses de cabimento, não cabe ação rescisória. Tal concepção deriva do próprio caráter excepcional da ação rescisória, voltada a permitir eventual flexibilização da segurança jurídica em prol de outro valor tutelado juridicamente (regra ou princípio), em busca da Justiça.<sup>412</sup>

A doutrina e a jurisprudência entendem o rol de cabimento da ação rescisória, previsto no artigo 966 do Código de Processo Civil, como taxativo, ante o caráter excepcional dessa ação.<sup>413</sup>

---

<sup>409</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

<sup>410</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 119

<sup>411</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 2. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 619

<sup>412</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi na ação rescisória. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, volume 5; e NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 485; BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 163; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 121

<sup>413</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Ação Rescisória Fundada em Prova Falsa*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, Revista dos Tribunais, volume 7, outubro de 2011 P. 1.075-1.096; e ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 147; e RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 3; e ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 155

As hipóteses de cabimento da ação rescisória podem ser agrupadas em quatro grandes categorias, como faz Sérgio Rizzi:

Os fundamentos da ação rescisória podem ser agrupados em quatro grandes categorias. A primeira categoria diz respeito aos fundamentos vinculados ao juiz. A segunda, aos fundamentos vinculados às partes. A terceira, aos vinculados à sentença; e a última, àqueles ligados às provas.<sup>414</sup>

Essa dissertação se debruça especificamente na hipótese de cabimento da ação rescisória prevista no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil, pertencente à terceira categoria, ligada à sentença e sua fundamentação.

Adstrita a tais hipóteses de cabimento e pressupostos legais, a ação rescisória se submete ao prazo decadencial previsto no artigo 975 do Código de Processo Civil.<sup>415</sup>

Assim, o interesse de agir para propositura da ação rescisória reside na existência de coisa julgada material (ou hipótese excepcional prevista no artigo 966, §2º do CPC, como se viu) e hipótese de cabimento rescisório previsto no rol do artigo 966.

O Código de Processo Civil de 2015, ao contrário do que fazia o anterior Código de Processo Civil de 1973, expressamente prevê o cabimento de ação rescisória contra decisão (e não apenas contra sentença). O *caput* do artigo 966 é expresso nesse sentido. Isso importa em reconhecer o cabimento de ação rescisória para decisões de mérito (como, por exemplo, as decisões de julgamento parcial antecipado de mérito, previstas no artigo 356 da referida lei), ou, ainda decisões processuais impeditivas de nova ação ou prosseguimento recursal, como admite o disposto no artigo 966, §2º do Código.

A esse propósito, Araken de Assis:

É necessário acentuar, desde logo, que se mostram rescindíveis as decisões definitivas (ar. 487, I e II) a teor do art. 966, *caput*, e as decisões terminativas (art. 485) – nesse último caso, para remover o obstáculo que impede a apreciação do mérito, impossível no âmbito da autonomia da parte (art. 966, §2º, I): o interesse em rescindir semelhante provimento reside em declarar insubsistente o vício anteriormente reconhecido e que impedirá, caso renovada a pretensão, a apreciação do mérito – sejam globais ou parciais – e, no caso do art. 487, I e II, de procedência ou improcedência. Tal é a utilidade, à primeira vista, da análise dessas espécies.<sup>416</sup>

---

<sup>414</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Da ação rescisória*. Revista de Processo, vol. 26. Abr-Jun 1982. P. 185-196

<sup>415</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 902

<sup>416</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 44-44

A doutrina não é pacífica a respeito da ocorrência ou não de coisa julgada nessas decisões que não são de mérito, arroladas pelo artigo 966, §2º do Código de Processo Civil. Todavia, como entendem Humberto Theodoro Júnior e Teresa Arruda Alvim, tais decisões não parecem deter a proteção da coisa julgada material, sendo exceções à regra do cabimento da ação rescisória<sup>417</sup>; o que até justifica a sua topográfica posição na lei processual.

Todavia, não são todas as decisões de mérito que permitem o cabimento da ação rescisória. Há exceções no sistema processual civil, como, por exemplo, as sentenças proferidas no âmbito do juizado especial cível (lei número 9.099/95, artigo 59<sup>418</sup>), ou, ainda, as decisões em julgamento de controle concentrado de constitucionalidade (lei número 9.868/99, artigo 26<sup>419</sup>), e, ainda, as sentenças proferidas em arbitragem (lei número 9.307/96, artigo 33<sup>420</sup>).<sup>421</sup>

---

<sup>417</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 150; e THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 847

<sup>418</sup> “Art. 59. Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.”

<sup>419</sup> “Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.”

<sup>420</sup> “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

<sup>421</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 152

### 4.1.3 Procedimento de Julgamento da Ação Rescisória

Extrai-se da previsão do artigo 974 do Código de Processo Civil – semelhante à regra prevista anteriormente no revogado Código de Processo Civil de 1973, artigo 494<sup>422</sup> - que o julgamento de mérito ação rescisória é dividido em dois momentos distintos: (i) primeiramente, ocorre o juízo rescindente (*judicium rescindens*), voltado à desconstituição da coisa julgada; (ii) em seguida, se positivo esse primeiro juízo, deverá ocorrer o juízo rescisório (*judicium rescissorium*), com efetivamente novo julgamento da causa.<sup>423</sup>

Art. 974. Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindirá a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968 .

Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82 .

Verifica-se, portanto, que o juízo rescindente positivo é condição procedimental para que se prossiga ao juízo rescisório. Há necessidade de prévia desconstituição da coisa julgada para que se possa rediscutir e redecidir, modificando, o anterior julgamento.<sup>424</sup>

Nas lições de Flávio Luiz Yarshell:

[...] contexto específico da chamada ação rescisória [...] rescindir é, ao menos em princípio, abrangente de dois momentos, que são, ou podem ser, etapas do julgamento do mérito dessa demanda: o *iudicium rescindens*, em que o tribunal determina a cassação ou desconstituição do ato impugnado (se procedente o pedido) e o *iudicium rescissorium*, em que se opera – se necessário – o novo julgamento da matéria.<sup>425</sup>

Na mesma linha é a clássica lição de Sérgio Rizzi a respeito do tema, para quem:

A pretensão rescindente leva à instauração de um juízo de igual nome, tratado por tradição na doutrina, pelas expressões latinas: *iudicium rescidens*.  
A pretensão rescisória, condicionada na sua eficácia à procedência da pretensão rescindente, instaura o juízo rescório – *iudicium rescissorium*.

<sup>422</sup> “Art. 494. Julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito; declarando inadmissível ou improcedente a ação, a importância do depósito reverterá a favor do réu, sem prejuízo do disposto no art. 20.”

<sup>423</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 497; e ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 147-148; e THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 887; e RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 7

<sup>424</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 498

<sup>425</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: Juízo rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 27

A decisão de mérito será rescinda no juízo rescindente, porquanto no juízo rescisório, quando cabível, haverá somente rejuízo da demanda apreciada pela decisão rescindida.

A pretensão rescindente será acolhida por uma decisão de natureza constitutiva. No tocante à pretensão rescisória, a decisão poderá ser de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória.<sup>426</sup>

Sendo ação, como toda outra ação, a ação rescisória também se sujeita ao prévio filtro de admissibilidade, com análise das condições da ação e pressupostos processuais, para, somente se positivo esse filtro de admissibilidade, é que se prossiga a este julgamento bifásico.<sup>427</sup> Por tal razão, em verdade, se verifica, para além daqueles dois momentos do julgamento de mérito, um momento prévio, de julgamento a respeito do juízo de admissibilidade, o que faz com que a ação rescisória tenha três momentos distintos de julgamento: (i) admissibilidade; (ii) juízo rescindente; e (iii) juízo rescisório; todos com interrelação de dependência do juízo anterior, que deve ter sido positivo.<sup>428</sup>

Assim, a tutela do direito realizada pelo juízo rescindente é sempre uma tutela de remoção de ilícito, mediante a desconstituição daquela decisão viciada, com remoção da causa da situação de ilicitude e violadora de direitos.<sup>429</sup> O consequente juízo rescisório viabiliza qualquer espécie de tutela de direito com adoção das técnicas processuais (declaratória, condenatória, constitutiva etc).<sup>430</sup> Especificamente no caso do cabimento da ação rescisória por violação à norma jurídica, Sérgio Rizzi defende que a tutela desse direito terá natureza declaratória, vez que o vício teria natureza de nulidade (e não de rescindibilidade).<sup>431</sup>

A competência absoluta para processar e julgar essa ação é aferida por duas regras: (i) o tribunal que prolatou a decisão rescindenda é o competente para rescindi-la; (ii) exceção é a decisão prolatada e transitada em julgado do juízo de primeiro grau, que é rescindida pelo tribunal hierarquicamente superior<sup>432</sup>. É o que se extrai do regramento

<sup>426</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 7

<sup>427</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 583-585

<sup>428</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 147-148

<sup>429</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 89

<sup>430</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 91; e RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 7

<sup>431</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 7

<sup>432</sup> “Há, porém, uma situação peculiar: quando a Justiça Federal julga causa envolvendo Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil (art. 109, II, CRFB), o controle imediato dessa decisão mediante recurso não pertence ao Tribunal Regional Federal – compete ao

constitucional (artigos 102, I, alínea J; 105, I, alínea E; 108, I, alínea B; 125, §1º da Constituição Federal).<sup>433</sup>

A ação rescisória tem procedimento especial previsto no Código de Processo Civil, não se submetendo, principalmente, às regras do procedimento comum, que são aplicáveis apenas em caráter complementar e no que for compatível. O procedimento especial da ação rescisória é procedimento de competência originária dos tribunais.

Além das regras gerais (condições da ação e pressupostos processuais)<sup>434</sup>, a ação rescisória tem dois requisitos especiais, previstos no artigo 968 do Código de Processo Civil: (i) a necessidade de cumulação de pedidos de juízo rescindente e rescisório, se o caso; (ii) em regra, ressalvadas as exceções legais, o depósito prévio de cinco por cento sobre o valor da causa, que é convertido em multa a favor da parte adversa caso a ação seja declarada inadmissível ou improcedente por unanimidade.

Art. 968. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento do processo;

II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente.

§ 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.

§ 2º O depósito previsto no inciso II do caput deste artigo não será superior a 1.000 (mil) salários-mínimos.

[...]

Verificando se o caso de conhecimento e processamento da ação rescisória, o relator determina a citação do réu, cujo prazo de resposta é fixado pelo próprio relator, entre quinze e trinta dias (artigo 970 do Código de Processo Civil). Em seu prazo de resposta, o réu

---

Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, c, CRFB).” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 277)

<sup>433</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 276-278

<sup>434</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 143

poderá se defender com as defesas previstas em lei, como contestação; bem como valer-se da reconvenção.<sup>435</sup>

Após o prazo de defesa, com eventual manifestação da parte autora em sede de réplica, e com aplicação do sistema de providências preliminares, julgamento antecipado da lide e improcedência liminar do pedido, advindos do procedimento comum, o relator dirige e ordena o processo, inclusive com eventual abertura da fase instrutória para produção de provas (artigo 972 do Código de Processo Civil<sup>436</sup>). Prosseguindo-se nas regras procedimentais, e após eventuais razões finais (artigo 973 do Código de Processo Civil<sup>437</sup>), há eventual oitiva do Ministério Público e, finalmente, julgamento da ação. O julgamento da ação rescisória, como se expôs, ocorre em fases distintas, iniciando-se pelo juízo rescindente, e, se positivo, prosseguindo-se ao juízo rescisório.<sup>438</sup>

Ao final, do acórdão que julga a ação rescisória caberão, consoante o caso, recurso de embargos de declaração, recurso extraordinário e recurso especial; os pressupostos de admissibilidade de tais recursos não sofrem qualquer modificação diante do acórdão ser de ação rescisória.<sup>439</sup>

#### 4.2 RESCISÃO DA COISA JULGADA POR VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO

O artigo 966 do atual Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de cabimento da ação rescisória. Trata-se de evidente movimento pendular. O Código de Processo Civil de 2015 buscou imprimir uma celeridade ao processo em diversos momentos, com tutelas provisórias de urgência e evidência, julgamento parcial antecipado de mérito, inversão de ônus probatório etc. Na contramão, trouxe maiores mecanismos de controle das decisões jurisdicionais proferidas nesse ambiente célere.

---

<sup>435</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 893

<sup>436</sup> “Art. 972. Se os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.”

<sup>437</sup> “Art. 973. Concluída a instrução, será aberta vista ao autor e ao réu para razões finais, sucessivamente, pelo prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Em seguida, os autos serão conclusos ao relator, procedendo-se ao julgamento pelo órgão competente.”

<sup>438</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 894-896; e BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P 496-498

<sup>439</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021. P. 499-500

O artigo 485 do revogado Código de Processo Civil de 1973 trazia nove hipóteses de cabimento de ação rescisória, *in verbis*:

- Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
- I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
  - II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
  - III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
  - IV - ofender a coisa julgada;
  - V - violar literal disposição de lei;
  - VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
  - VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
  - VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
  - IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

O atual Código, por seu turno, traz oito hipóteses no artigo 966, sendo quase uma repetição literal do antigo artigo 485:

- Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
- I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
  - II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
  - III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
  - IV - ofender a coisa julgada;
  - V - violar manifestamente norma jurídica;
  - VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
  - VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
  - VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Manteve-se, sem alterações, os incisos I, II, III, IV, bem como os incisos VI e VII. O antigo inciso IX foi transposto ao atual inciso VIII sem maiores modificações quanto ao seu conteúdo. Houve a supressão da possibilidade de rescisória no caso que “houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”, sendo atualmente tais hipóteses causas de pedir de eventual ação anulatória; e não mais rescisória.

Mas a maior alteração, sem dúvida, é em relação ao inciso V. Uma pequena alteração redacional de grandes consequências jurídicas: cabe ação rescisória quando a sentença violar manifestamente norma jurídica (não somente “violar literal disposição de lei”, como dizia o código revogado).

“O art. 966, V, do CPC de 2015 ampliou o campo de incidência da rescisória. E, sobretudo, imprimiu importante alteração metodológica. Caberá a rescisão no caso de violação de norma jurídica – regras e princípios.”, como destaca Araken de Assis.<sup>440</sup>

O inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil permite a ação rescisória que tem como causa de pedir a alegação da sentença ou decisão “violando manifestamente norma jurídica”.

É importante compreender que o fundamento da ação rescisória não pode ser a simples alegação da violação em tese de um direito: a violação do direito, no caso, do princípio, deve ter ocorrido não caso concreto – o princípio deveria ter sido considerado de uma forma para solução do caso, e não o foi:

Nesse particular, o que o que interessa para fundamentar o cabimento da ação rescisória é a alegação de um significado normativo que deveria ter sido considerado para a solução do caso concreto, contudo, não o foi. Efetivamente, o que autoriza a ação rescisória é a necessidade de tutela do direito ao processo justo e do significado normativo do texto que serve à decisão justa. [...] Daí porque o adequado é alocar a ação rescisória como uma ação que visa à tutela do significado normativo do texto que serve à decisão justa [...] <sup>441</sup>

Luiz Guilherme Marinoni prossegue em sua análise, apontando que, de fato, as hipóteses legais que autorizam a propositura de ação rescisória (artigo 966 do Código de Processo Civil) cuidam de hipóteses cujas alegações são de violação ao direito do processo justo ou violação do significado normativo do texto que lastreia a decisão judicial.<sup>442</sup>

Frise-se que a ação rescisória não viabiliza a discussão para revisão da justiça da decisão como um todo – tal admissão não é encontrada no atual Código de Processo Civil de 2015, e nem no anterior Código de Processo Civil de 1973; como se apurou na análise histórica, essa previsão era encontrada apenas no artigo 800 do Código de Processo Civil de 1939.

No mais, desde o Decreto número 737 de 1850, o sistema admite a ação rescisória cuja causa de pedir seja a decisão proferida contra expressa previsão legal (na época, contra a expressa disposição da legislação comercial, conforme artigo 680, §2º).

---

<sup>440</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 217

<sup>441</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 23-24

<sup>442</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 24, 31 e 121

O principal objeto – mas não único – da ação rescisória é a desconstituição da coisa julgada. O instituto da coisa julgada, como se demonstrou, possui previsão constitucional. Portanto, necessário que o instrumento voltado a sua desconstituição tenha igual envergadura. Apesar da inexistência expressa do instituto da ação rescisória na Constituição – excetuado, apenas, a previsão de sua competência de julgamento, como exposto – todos os fundamentos rescisórios são reconduzíveis a direitos fundamentais de ordem constitucional.

#### 4.2.1 . Artigo 966, inciso V: “norma jurídica”

A lei não restringe o conceito de norma jurídica: portanto, e como aponta a doutrina, a norma jurídica violada e que embasa a ação rescisória pode ser de direito material ou de direito processual, de direito público ou de direito privado, de origem interna ou internacional.<sup>443</sup>

As teorias mais modernas admitem, inclusive, que a norma tida por violada e que embasa a ação rescisória possa ser norma de origem jurisdicional, administrativa, regimental, decorrente de lei orgânica, medida provisória ou decreto, ou até mesmo consuetudinária.<sup>444</sup>

Há teses que admitem, inclusive, a ação rescisória por violação de precedente vinculante, equiparando tal decisão judicial à norma jurídica para os fins rescisórios.<sup>445</sup>

Igualmente, é desnecessária a expressa menção à norma tida por violada na decisão que se pretende a rescisão. Não se exige prequestionamento ou exposto tratamento da norma na decisão para autorização da propositura de ação rescisória. O que importa, para fins rescisórios, é que a parte autora da ação rescisória aponte expressamente a norma que entende violada, demonstrando essa violação e o cabimento do remédio excepcional.<sup>446</sup>

Essa ofensa à norma pode estar na própria sentença, ou pode ter ocorrido em qualquer outro ato no curso do processo.<sup>447</sup>

A alteração legislativa ocorrida nessa hipótese de cabimento – do revogado Código de Processo Civil de 1973 para o atual, de 2015 – é apontada como de alta relevância pela doutrina, com segura consolidação da abertura de novos horizontes à ação rescisória.

---

<sup>443</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 181; e ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 271; e ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P. 241

<sup>444</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 181; e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: volume 3. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 488

<sup>445</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: volume 3. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

<sup>446</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 181; e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: volume 3. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 488

<sup>447</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 249

O inciso V do art. 966 do CPC/2015 alterou a expressão utilizada pelo inciso V do art. 485 do CPC/1973, prevendo o cabimento de ação rescisória contra decisão que ‘violar manifestamente norma jurídica’. A expressão foi pensada inicialmente para abranger a ideia de norma jurídica como estrutura formada por regras e princípios, mas, na essência, representa a adoção da diferenciação entre texto (enunciado) e norma, em harmonia com as teorias mais modernas sobre interpretação.<sup>448</sup>

Mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina, como fazia Pontes de Miranda, já sustentava que a ação rescisória abrangia a norma não escrita e mesmo a *ratio legis* da norma, não se exaurindo no texto normativo.<sup>449</sup> Com a expressa previsão no atual Código de Processo Civil, ficou consolidada essa possibilidade. De sorte oposta, em 1979, Sérgio Rizzi defendia que o termo “lei” deveria ter interpretado como “direito objetivo”, e cuja literal violação consistia na restrição de enunciado normativo em sua literalidade.<sup>450</sup>

Mesmo na vigência do diploma processual anterior, diversos doutrinadores de renome já defendiam a interpretação do então inciso V do artigo 485 para contemplar os princípios como hipótese de cabimento rescisório – o que foi pacificado pela alteração legislativa contida no atual Código de Processo Civil. Cite-se, por exemplo, Flávio Luiz Yarshell e Pontes de Miranda.<sup>451</sup>

Isso porque, como ensina Gilberto Ponto, “o que se pretende defender pela via da rescindibilidade não é somente a lei – essa é apenas uma das hipóteses de formalização do direito – mas antes o próprio direito como ordem jurídica instituída”<sup>452</sup>.

A norma jurídica, como se demonstrou na primeira parte dessa dissertação, é extraível do texto normativo, não se confundindo com ele. Essa extração da norma ocorre pela via do processo interpretativo.<sup>453</sup>

A norma jurídica advém de uma equação entre lei, jurisprudência e doutrina, que expressa o sistema jurídico e resulta em verdadeira pauta de conduta aos jurisdicionados<sup>454</sup>. E dentro dessa equação, os princípios também influem na configuração dessa pauta de conduta.

<sup>448</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 182

<sup>449</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 249

<sup>450</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 106-108

<sup>451</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 183-184

<sup>452</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *APUD BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 185

<sup>453</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 183-184; e ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P. 213

Conforme exposto no capítulo inaugural dessa monografia, temos que regras e princípios são duas espécies do gênero norma jurídica, cuja distinção ocorre pelas suas características. Portanto, o termo genérico “norma jurídica” abrange as espécies regras e princípios.<sup>455</sup>

E a violação de um princípio no sistema jurídico, como visto anteriormente nessa monografia, é gravíssima, na medida que desestrutura o próprio caráter sistêmico, prejudicando as suas correlações entre elementos e afetando negativamente as suas qualidades de coerência, coesão e unidade, necessárias à harmonização de um sistema; como registrado por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>456</sup>

A doutrina admite que o princípio jurídico, em razão de sua natureza de norma jurídica, caracterize “norma jurídica” violada para fins de ação rescisória. Araken de Assis, por exemplo: “o art. 966, V, não distingue a violação de regras ou de princípio”.<sup>457</sup>

Para proteção do próprio caráter sistêmico do direito, o sistema precisou estabelecer mecanismos de solução para essa grave violação. No processo civil, tal mecanismo é justamente a ação rescisória, nessa específica hipótese de cabimento de violação normativa, hoje prevista no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil.

Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição são expressas ao defender que os princípios jurídicos estão – e, inclusive, sempre estiveram – abarcadas por essa hipótese rescisória: “a infração de princípios, quer tenha tido lugar no curso do feito, quer na própria decisão, dá ensejo ao manejo da ação rescisória”<sup>458</sup>.

---

<sup>454</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 264

<sup>455</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 269

<sup>456</sup> MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 54

<sup>457</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 218

<sup>458</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 264

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto há anos defende essa interpretação, mesmo com o anterior Código de Processo Civil: “a violação de princípios integrantes da ordem jurídica, quer expressos, quer implícitos, uma vez reconhecidos, se violados, também são aptos a ensejar demanda rescisória”<sup>459</sup>.

Verifica-se, destarte, que, em tese, é possível a alegação de que houve violação a princípio jurídico para fundamentar o ajuizamento de ação rescisória. Tal fundamentação está vinculada e se amolda à hipótese legal de cabimento prevista no inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil.

---

<sup>459</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 154

#### 4.2.2. Artigo 966, inciso V: “violiar manifestamente”

O vocábulo “manifestamente” contido no texto legal é criticado pela doutrina em razão do seu alto grau de subjetivismo<sup>460</sup>. Afinal, o que seria violar uma norma de forma manifesta?

A doutrina, a exemplo de Teresa Arruda Alvim, aponta que o vocábulo “manifestamente” previsto nessa hipótese de cabimento da ação rescisória deve ser compreendido como “manifesta ofensa ao direito, ao sistema jurídico, ao ordenamento jurídico”. E essa ofensa deve se caracterizar de forma evidente.<sup>461</sup>

Também é nessa linha de compreensão o que expõe Nelson Nery Junior e Georges Abboud, além de Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, que sustentam que a ofensa seja visível, evidente.<sup>462</sup>

Chega-se a apontar que o texto é o limite interpretativo da norma, de forma que, se a interpretação desrespeitar esse limite, haverá manifesta violação, por exemplo:

Já se viu que texto e norma não se confundem, mas o texto ou enunciado normativo tem uma importante função de servir de limite mínimo, a partir do qual se constrói a norma jurídica. Se a decisão atenta contra esse limite mínimo, sendo proferida *contra legem*, desatendendo o próprio texto, sem qualquer razoabilidade, haverá também ‘manifesta violação’ à norma jurídica.<sup>463</sup>

E ofender o direito é aplicá-lo de forma equivocada: seja aplicando norma à hipótese que ela não se subsume, seja deixando de aplicar a norma em hipótese que deveria ter sido aplicada.<sup>464</sup> O vocábulo “violiar” significa que a decisão judicial não está em conformidade com a lei, com a norma jurídica, seja porque o Juiz não aplicou tal norma, seja porque aplicou norma diversa que não deveria ter sido aplicada.

---

<sup>460</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 4. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 171-172

<sup>461</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P.250-251; também nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: volume 3*. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 495

<sup>462</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 353; e DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: volume 3*. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 494

<sup>463</sup> DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: volume 3*. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016. P. 495

<sup>464</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 255

Portanto, pode-se afirmar que ofende o direito a decisão que aplica a lei em interpretação diferente daquela tida pacificamente por correta pelos tribunais, que, dependendo do caso, podem ser até os estaduais, desde que se trate de interpretação de direito local. É a pauta de conduta que deve orientar não só as decisões, mas o agir do jurisdicionado.<sup>465</sup>

Araken de Assis traz a sua interpretação no sentido de que a violação contempla a não-aplicação ou a aplicação errônea da norma jurídica:

A violação contemplada no art. 966, V, ocorre (a) na ausência de aplicação da norma à espécie ou (b) na falta de atendimento ao ‘preciso sentido da regra jurídica, tal como ela se insere no sistema jurídico’, incluindo-se, por óbvio, a interpretação errônea.<sup>466</sup>

Teori Albino Zavascki, no julgamento do Recurso Extraordinário número 590.809, consignou que, no seu entender:

Há violação literal da lei não apenas quando a sentença sonega o comando emergente de sua ‘litera’, de suas disposições explícitas, mas também quando não obedece ao seu sentido inequívoco, ainda que implícito. A própria não-aplicação da lei em casos em que ela deve ser aplicada configura hipótese de violação literal.<sup>467</sup>

Essa violação manifesta pode ser compreendida, como fazia Cassio Scarpinella Bueno à luz do anterior Código de Processo Civil de 1973 com o vocábulo “literal”, no sentido de ser auferível de forma objetiva, de modo que qualquer um possa concluir que o teor da decisão apresenta um erro na interpretação e consequente aplicação da norma ao caso concreto.<sup>468</sup>

Ainda, seria uma violação literal (manifesta) se a interpretação fosse dada de forma contrária ao significado e alcance da norma.<sup>469</sup>

Fredie Didier Júnior e Leonardo da Cunha, em mesma linha, defendem que há violação manifesta quando há desconexão entre a decisão jurídica e a integralidade do ordenamento:

Se a decisão rescindenda tiver conferido uma interpretação sem qualquer razoabilidade ao texto normativo, haverá manifesta violação à norma jurídica. Também há manifesta violação à norma jurídica quando se conferir uma interpretação incoerente e sem integralidade com o ordenamento jurídico. Se a decisão tratou o caso de modo desigual a casos semelhantes, sem haver ou ser

<sup>465</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 264

<sup>466</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 220

<sup>467</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *APUD ROSSONI, Igor Bimkowski. Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P. 246

<sup>468</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 179

<sup>469</sup> BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 179

demonstrada qualquer distinção, haverá manifesta violação à norma jurídica. É preciso que a interpretação conferida pela decisão seja coerente.<sup>470</sup>

Sérgio Rizzi em sua clássica obra a respeito da ação rescisória, sempre defendeu a seguinte concepção de violação legal:

Há casos patentes de violação de literal disposição, consubstanciados na ignorância de regras aplicáveis ao caso concreto ou desapropriações ostensivas ao texto legal. Pode-se dizer que há violação de literal disposição de lei quando a sentença: a) nega validade a uma lei, evidentemente válida; b) dá validade a uma lei que não vale; c) nega vigência a uma lei que ainda vige; d) admite a vigência de uma lei que ainda não vige ou já não vige; e) nega aplicação a uma lei reguladora da espécie; f) aplica uma lei não reguladora da espécie; g) interpreta tão erroneamente a lei que 'sob a cor de interpretar, é a lei tratada ainda no seu sentido literal'.<sup>471</sup>

Isso importa em dizer que a interpretação normativa deve ser pautada pela conjugação dos demais elementos do sistema jurídico, em observância a sua unidade e coerência, com a interrelação com as demais normas e vetores aceitos pelo ordenamento jurídico. Uma interpretação que destoe do sistema, ou seja, não resguarde correlação com o caráter sistêmico do direito, violando-o, será manifestamente violadora, ensejando a rescisão do julgado.

Sérgio Rizzi assim registrou sua compreensão em artigo de 1982, à luz do Código de Processo Civil de 1973:

Dos fundamentos rescisórios, o mais invocado nos tribunais é sem dúvida alguma a violação de literal disposição de lei. Orosimbo Nonato sintetizou, com uma precisão admirável, o que venha a ser a violação de literal disposição de lei, dizendo que há: "violação de lei quando se nega validade a uma lei, evidentemente válida; quando se dá validade a uma lei que não vale; quando se nega vigência a uma lei, que ainda vige; ou quando se admite a vigência de uma lei que ainda não vige; ou quando se aplica uma norma que não cabia na espécie". Todos esses referenciais do conceito são facilmente compreendidos, e não é aí, em regra, que ocorre a violação de literal disposição de lei. Esta tem lugar onde a interpretação que se confere à lei é tão absurda que a lei, em lugar de ser aplicada, é, como diz Orosimbo Nonato, tratada, vale dizer, desfigurada no seu sentido.<sup>472</sup>

Sérgio Rizzi registra que a violação manifesta e literal da norma jurídica ocorre quando se viola a materialidade do texto. E que essa violação necessariamente deva implicar em uma restrição da norma jurídica. Sérgio Rizzi registra que isso não se confunde com interpretação literal, defendendo os métodos interpretativos sistemáticos e lógico, principalmente. Mas que a violação seria manifesta (literal) quando violar o parâmetro mínimo da norma, que seria a literalidade do enunciado normativo.

<sup>470</sup> DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 17ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 613

<sup>471</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P.107

<sup>472</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Da ação rescisória*. Revista de Processo, vol. 26. Abr-Jun 1982. P. 185-196

O que se exige para configuração de *sententia contra litteram legis* é que ela contrarie um dispositivo existente na ordem jurídica objetiva... porque caso contrário, seria vago o padrão de confronto. Como se haveria de saber se o Juiz errou contra a letra da lei, se não se tratasse de uma norma de Direito escrito?<sup>473</sup>

Todavia, Sérgio Rizzi termina por defender que só haverá manifesta violação à norma jurídica (na época, lei), quando não houver diversidade de interpretações – na linha do enunciado de Súmula do Supremo Tribunal Federal, o que será mais adiante aprofundado nessa dissertação. Para o autor:

A diversidade de interpretações, é inegável, indica que o texto não tem um sentido unívoco ou, noutras palavras, que há várias interpretações possíveis. Nesse sentido, fala-se que há violação de literal disposição de lei quando se configura ‘afronta a sentido unívoco e incontroverso do preceito legal.’<sup>474</sup>

Como se verá no capítulo próprio, tal lição, respeitosamente, não merece mais subsistir no tempo atual, sobretudo em razão da função nomofilática dos Tribunais Superiores, os precedentes vinculantes e, sobretudo, o respeito à isonomia, instituído fortemente pela Constituição Federal de 1988, após tais registros doutrinários.

Todavia, no ano de 2014, ao julgar o Tema número 136 de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal reforçou esse entendimento, ao fixar a tese: “Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.”; análise que será aprofundada no próximo capítulo.

Nesse sentido, parece assistir razão à clássica lição de Chiovenda: “para a cassação não se requer um erro imputável ao juiz, mas uma sentença atualmente e objetivamente contrária à lei”<sup>475</sup>, com o ajuste da compreensão do termo “lei” para o termo “norma jurídica”, conforme instituído pelo Código de Processo Civil de 2015.

Havendo uma sentença que seja objetivamente contrária à norma jurídica, há sua violação manifesta. E essa objetividade, essa manifesta violação, é tirada conforme interpretações fixadas pela jurisprudência e sistema de precedentes.

Luiz Guilherme Marinoni aponta que uma violação à norma jurídica seria manifesta quando é dada uma interpretação que destoa da(s) interpretação(ões) e parâmetros delineados pelo sistema jurídico e pela própria historicidade interpretativa:

<sup>473</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 105-106

<sup>474</sup> RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 103

<sup>475</sup> CHIOVENDA. *Apud* RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. P. 104

É necessário admitir a rescindibilidade de decisão que nega interpretação ou norma jurídica racionalmente ‘aceita’ por aqueles que estão envolvidos com o texto legal ou sobre a qual há consenso. Nessas situações, em que a norma jurídica é ‘dotada de aceitabilidade’, certamente cabe a rescindibilidade da decisão com base em violação manifesta a norma jurídica, nos termos do inciso V do art. 966, CPC.<sup>476</sup>

Tais parâmetros mínimos de interpretação, que a interpretação da norma jurídica aplicada deve observar na construção de seu conteúdo normativo, são extraíveis das demais decisões do Poder Judiciário (jurisprudência e precedentes), da doutrina e do sistema jurídico normativo considerado em todo.

Especificamente quando analisamos a questão da violação normativa em princípios jurídicos, como adiantado anteriormente, há dificuldade em constatar a característica de *manifesta* violação a tal espécie normativa; isso porque os princípios admitem restrição e preponderação no caso concreto, sem que isso implique em completo afastamento de seu conteúdo normativo – ao contrário das regras, com o sistema tudo-ou-nada de validade ou invalidade de aplicação.

A análise detalhada da colisão de princípios e como ocorre essa ponderação (e restrição) é objeto de capítulo próprio dessa dissertação. Aqui, ao momento, cai a lançar apenas registrar como deve ocorrer a constatação da violação manifesta para fins rescisórios.

Para ação rescisória fundada em violação de princípio jurídico, a violação normativa manifesta é constatada quando, do conflito entre princípios, o resultado ponderativo apresentar entrega em que um dos princípios colidentes foi restringido para além de seu mínimo núcleo essencial, penetrando nesse inviolável conteúdo intangível. Como ensinam Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini:

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim. Essas considerações permitem concluir claramente pela existência de um *conteúdo intangível* dos direitos fundamentais, que não pode ceder sob forma alguma. Esse núcleo é que entendemos deva ser protegido pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, definindo o ponto limite a partir do qual não se pode avançar sem ofender a dignidade do homem, ou seja, sem reduzi-lo a meio, instrumentalizando para o atendimento de interesses alheios. Eis que nosso princípio de relatividade se torna um meio que garante o caráter absoluto deste outro princípio, singular, que é o da dignidade

---

<sup>476</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. P. 224

humana – donde ter Alexy a ele (e não ao da proporcionalidade) como dotado de uma natureza dúplice, de regra também.<sup>477</sup>

Assim, em termos de princípios, a violação manifesta dessa espécie normativa se constata quando algum dos princípios ali colidentes no caso concreto se mostra violado para além de seu núcleo mínimo essencial, ou seja, sendo totalmente extirpado do caso, sem incidência alguma – como se fosse o “nada” do conflito entre regras na solução tudo-ou-nada.

Mesmo com a preponderância de um princípio no caso concreto – e isto será aprofundado mais adiante em capítulo próprio dessa dissertação – os demais princípios do sistema jurídico continuam, em algum grau e forma, incidindo no caso, com sua força normativa e interpretativa presente.

Em se tratando de colisão de princípios, a violação manifesta se equipara a essa violação do seu núcleo essencial mínimo, com afastamento completo do caso concreto.

Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini apontam que esse núcleo essencial inviolável de princípio seria a própria dignidade da pessoa humana, que nunca pode ser violada.<sup>478</sup> Mas a doutrina não tem consenso a respeito do conteúdo desse mínimo núcleo essencial.

Humberto Ávila, e outro turno, compreende que esse núcleo essencial é o próprio conteúdo jurídico do princípio, tutelado por meio da proibição do excesso de sua restrição. Que a proteção ao seu núcleo essencial consiste na proteção de uma mínima eficácia de seu conteúdo jurídico.<sup>479</sup>

O princípio pode ser restringido, mas não totalmente anulado ou extirpado do caso concreto que está em colisão. Se está em colisão com outro princípio, é porque ele detém, em

---

<sup>477</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

<sup>478</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

<sup>479</sup> ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista De Direito Administrativo*, nº 236, ano 2004. P. 369–384.

algum grau, ainda que mínimo, carga de incidência naquela situação – não é totalmente inválido, e não pode assim ser declarado pela técnica da ponderação de princípios.

Se não fosse o caso de incidir naquela situação, ainda que de forma mínima, o princípio em questão não estaria em colisão com outro: ele simplesmente não se aplicaria, pois não teria hipótese de incidência.

Portanto, se está em colisão, há de, ainda que com esse mínimo, com esse núcleo essencial, incidir para guiar a colisão e o seu resultado de aplicação. É o que Humberto Ávila denomina de “controle de excessividade” da restrição de um princípio:

O controle de excessividade independe de sua justificação (verificável noutros exames), pois importa verificar a restrição do núcleo essencial de um direito fundamental. Nessa perspectiva, não há propriamente exame entre princípios colidentes para ver se o fim justifica a utilização do meio (exame da proporcionalidade), nem um controle de proporção entre a gravidade da penalidade e a falta cometida (exame da razoabilidade-equivalência). O que há é uma exigência de um limite, além do qual o núcleo de um princípio fundamental é atingido e, por isso, ele não tem um mínimo de eficácia.<sup>480</sup>

Esse núcleo essencial do princípio é, além da própria dignidade da pessoa humana, que compõe o mínimo de todo princípio jurídico, o conteúdo jurídico mínimo traçado pela historicidade jurisprudencial e doutrinária para casos em semelhanças fáticas e jurídicas.

Assim, se há violação dessa mínima carga de incidência do princípio, com restrição para além desse núcleo essencial de conteúdo jurídico do princípio, haverá violação manifesta a norma jurídica, que enseja o manejo da ação rescisória para desconstituição da coisa julgada formada e correção de tal vício decisório.

Isso porque estar-se-ia diante de uma situação em que uma norma jurídica incidente, que deveria ter sido aplicada, não o foi, em nenhum grau. O princípio ali incide, tanto que está em colisão, mas não preservou qualquer mínimo núcleo de significância e conteúdo, tendo sido totalmente afastado, violando-se sua hipótese de incidência.

---

<sup>480</sup> ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista De Direito Administrativo*, nº 236, ano 2004. P. 369–384.

#### 4.2.3. Os enunciados de Súmula números 343 e 400 do STF

O Supremo Tribunal Federal editou, em aprovação em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, o enunciado de súmula 343, com o seguinte teor: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”

O objeto do enunciado era o então artigo 798, inciso I, alínea “c” do Código de Processo Civil de 1939, que assim previa, no capítulo da ação rescisória e da sentença: “Art. 798. Será nula a sentença: I – quando proferida: [...] c) contra literal disposição de lei.”

O Supremo Tribunal Federal aponta três como os precedentes principais que embasaram a edição desse enunciado: os Embargos de Declaração na Ação Rescisória número 602; o Recurso Extraordinário número 50.046 e o Recurso Extraordinário número 41.407.

Na ação que julgou os embargos de declaração na ação rescisória acima mencionada, o voto relator constante da decisão colegiada expressou a seguinte razão de decidir adotada pelo Supremo:

Destarte, não caberia ação rescisória para anular a sentença anterior do Supremo Tribunal, porque, em favor mesmo da tranquilidade pública, da tranquilidade jurídica, em razão mesmo da eficácia da coisa julgada, terminou o julgamento, ainda que tomado por maioria ocasional [...] a ação rescisória só sabe quando há manifesta e flagrante violação da lei e isto não se entendeu, por ocasião do julgamento da rescisória, que apenas se reportou à modificação da jurisprudência.

Extrai-se do acórdão que julgou o recurso extraordinário número 50.046, acima mencionado, o fundamento principal do julgamento, qual seja:

Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos, um recurso ordinário com prazo de cinco anos na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o *iudicium rescidens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha a sua violação literal.

Dos julgados que deram origem à edição do enunciado sumular, percebe-se a grande preocupação dos Ministros em apenas permitir a rescisão do julgado em casos

excepcionais<sup>481</sup>, a fim de impedir a utilização da ação rescisória como um recurso de ampla utilização para revisão de julgados

Da análise desses três precedentes, verifica-se, sobretudo no julgamento da Ação Rescisória número 602, a preocupação do Supremo Tribunal Federal em adotar um critério para admissibilidade da rescisão do julgado referente ao grau, intensidade da violação normativa ocorrida. Apesar dos precedentes não se aprofundarem na explanação da distinção entre as intensidades de violação, eles trazem essa diferença de graus como requisitado para admissão da rescisória.<sup>482</sup>

No ano seguinte, em 1964, o Supremo Tribunal Federal voltaria a debater o tema, que posteriormente culminaria na edição do enunciado número 400 de súmula do STF, com a seguinte redação: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra "a" do art. 101, iii, da Constituição Federal.”

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, destarte, que é possível a existência de mais de um sentido razoável para o dispositivo legal – possível mais de uma norma extraível de um texto normativo, e todas razoáveis. Ou seja: “haveriam interpretações razoáveis que, por estarem dentro de um campo de tolerância, ainda que não fossem as mais corretas, não violariam a lei”.<sup>483</sup>

Esse entendimento, que fundamentou a edição desses dois enunciados, seria de que “a outorga de interpretações diferentes para o mesmo preceito de lei pode conduzir à conclusão de que todas elas são legítimas e, por consequência, nenhuma caracteriza propriamente violação à norma”.<sup>484</sup>

Em artigo dedicado ao tema, Teori Zavascki traduz o sentido que o enunciado número 343 de súmula deve ter interpretado:

No que se refere especificamente à Súmula n. 343-STF, essa doutrina enuncia o seguinte: para privilegiar a segurança jurídica representada pela estabilidade da coisa julgada, justifica-se a manutenção das sentenças que tenham dado interpretação razoável aos preceitos normativos, ainda que não a melhor. Dito de outra forma: em

---

<sup>481</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P 215

<sup>482</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P. 216

<sup>483</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P. 217

<sup>484</sup> BARIONI, Rodrigo Otávio. *APUD BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 180

nome da segurança jurídica, toleram-se interpretações equivocadas, desde que não se trate de equívoco aberrante. E se a respeito de certa norma os tribunais divergem, a adoção, pela sentença, de uma das correntes divergentes, ainda que equivocada, não pode ser considerada aberrante. Em casos tais, nega-se acesso à ação rescisória.<sup>485</sup>

Essa preocupação, acerca do grau de intensidade da violação normativa, também é traduzida na atuação do legislador: por exemplo, a redação do artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil traz o advérbio “manifestamente” para qualificar o grau de violação da norma jurídica que enseja a ação rescisória, denotando que apenas a violação em maior intensidade é que autoriza a rescisão do julgado. No anterior Código de Processo Civil de 1973, o vocábulo “literal” também expressava essa exigência de uma forte violação normativa.

É problemático falar em interpretação correta e conseguir diferenciar uma interpretação adequada de uma interpretação que viola a norma jurídica e outra que viola manifestamente a norma jurídica (vez que somente esta última permitiria o manejo da ação rescisória). O sistema jurídico não estabelece um critério seguro e objetivo que permita essa classificação e identificação das interpretações havidas, de modo que a doutrina tende a concluir:

Tem-se, portanto, que não há diferença de grau de violação à norma jurídica que justifique a distinção entre as hipóteses de cabimento do RE, do REsp e da ação rescisória. Qualquer critério a ser empregado para aferir a intensidade de violação da norma jurídica seria metodologicamente inválido, pois não há critério objetivo que possa tornar o controle repetível, isto é, testável por outro intérprete.<sup>486</sup>

Esses dois enunciados de súmula são de grande polêmica doutrinária e jurisprudencial, com fundamentado movimento que advoga pelo necessário cancelamento do subsistente enunciado número 343, editado na década de 60, sob argumento de atual inconstitucionalidade à luz da Carta Magna de 1988.

Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição sustentam a inconstitucionalidade do verbete número 343 – e, por conseguinte, também o verbete número 400 - de súmula do Supremo Tribunal Federal, sob fundamento do artigo 5º, inciso II<sup>487</sup> da Constituição Federal e do próprio princípio da isonomia, no sentido de que, se a lei deve ser aplicada de forma uniforme a todos, em igualdade perante o direito, de igual forma “as

<sup>485</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.

<sup>486</sup> ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019. P. 246

<sup>487</sup> “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

decisões dos tribunais não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos num mesmo momento histórico”<sup>488</sup>.

O Supremo Tribunal Federal acabou afastando essa doutrina da tolerância da interpretação razoável da ação rescisória fundada em violação de norma jurídica (no então inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973), quando o pedido vinculado dizia respeito a violação de preceito constitucional. O fundamento para tal afastamento seria de que “a interpretação da Constituição ‘não pode ficar sujeita à perplexidade’, revestindo-se de especial gravidade o descumprimento das normas constitucionais”<sup>489</sup>.

Isso porque, caso contrário, o enunciado 343 simplesmente extinguiria qualquer hipótese rescisória por violação de lei, uma vez que, se um mesmo texto legal pode dar origem a diversas interpretações, em multiplicidade de razoáveis interpretações (com o conceito indeterminado e subjetivo do que seria razoável), não há como constatar vício na decisão judicial – ao menos que haja uma interpretação absolutamente (manifestamente) sem razoabilidade.<sup>490</sup>

Verifica-se que, com base nessa mesma fundamentação exposta nas lições doutrinárias acima, o Supremo admite a ação rescisória – em casos de violação constitucional – mesmo em situações de divergência interpretativa dos tribunais, de modo a afastar a incidência do enunciado número 343 de súmula para tais casos. Cite-se, por exemplo, manifestação de Gilmar Mendes no STF, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário número 328.812, em 2008:

De fato, negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa. Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada. Nesse ponto, penso, também, que a rescisória adquire uma feição que melhor realiza o princípio da isonomia. Se por um lado a rescisão de uma sentença representa certo fator de instabilidade, por outro não se pode negar que uma aplicação assimétrica de uma decisão desta Corte em matéria constitucional oferece instabilidade maior, pois representa uma violação a um referencial normativo que dá sustentação a todo o sistema.<sup>491</sup>

<sup>488</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 281-283

<sup>489</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.

<sup>490</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 195

<sup>491</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.

Todavia, e como já registrado no capítulo anterior, no ano de 2014, ao julgar o Tema número 136 de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal reforçou resgatou o entendimento sumular ao fixar a tese: “Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.”

O julgamento foi assim ementado:

ACÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. ACÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

Araken de Assis, lamentando esse entendimento do STF e do STJ, assim registra em suas lições doutrinárias:

Essa tese jurídica [enunciado número 343 de súmula do STF] não se aplicava às questões constitucionais, em virtude do princípio da integridade da Constituição; posteriormente, o STF estimou que, inexistente controle concentrado de constitucionalidade – nesse caso, o descumprimento do precedente vinculativo torna rescindível a decisão – o verbete há de ser observado, embora ‘haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na rescisão rescindenda’. Mas não se alterou substancialmente a orientação tradicional – cabimento da rescisória no caso de questão constitucional objeto de divergência – decidindo-se, apenas que, firmada a decisão rescindenda em entendimento então prevalecente no STF, ulterior modificação na interpretação da questão constitucional, não autoriza a rescisão da decisão, porque a rescisória não constitui instrumento de uniformização da jurisprudência.<sup>492</sup>

O fundamento principal desse entendimento é que a ação rescisória não é instrumento para uniformização da jurisprudência. Mas esse fundamento, respeitavelmente, não convence. A uma porque a função uniformizadora de jurisprudência é função precípua e natural das cortes superiores, em qualquer pronunciamento jurisdicional a ser dado, sendo a sua razão de existir. Ainda, porque essa decisão que violou o entendimento está por infringir o direito objetivo, com aplicação normativa equivocada (ou não aplicação). E o sistema trouxe a ação rescisória como instrumento para solução dessa injustiça e equívoco do sistema, no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil: a correção via ação rescisória.

<sup>492</sup> ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 224-225

Nessa ordem de ideias, e ressalvado acima, aqui defende-se a linha de que, quando se está diante de uma decisão que aplicou interpretação constitucional diversa da dada pelo Supremo Tribunal Federal, se verifica caso de manifesta violação à norma jurídica que autoriza a ação rescisória. A norma jurídica deveria ser interpretada como o Supremo Tribunal Federal o fez; de modo que a interpretação de forma diversa caracteriza, por conseguinte, violação normativa em sua forma literal, manifesta, direta; o que exige a rescisão do julgado para aplicação da correta interpretação atribuída pelo Supremo. Isso em se tratando de norma, interpretação de caráter constitucional.

Aqui, em se tratando de preceito constitucional, pouco importa que haja interpretação controvertida nos tribunais – ou se alguma delas também é razoável; que é o teor indicado pelo enunciado número 343 de súmula. Em caso de norma constitucional, se o STF atribuiu uma interpretação, é aquela que deve ser seguida e aplicada – a interpretação conforme à Constituição, nos termos do órgão institucional competente para tal fixação de orientação.

Como conclui Teori Zavascki:

Em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, portanto, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja literal violação a interpretação da norma na palavra do STF, guardião da Constituição. Ela, associada ao princípio da supremacia e do tratamento isonômico, é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula n. 343 (negativo porque indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais, não há violação literal a preceito normativo a ensejar rescisão), por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.<sup>493</sup>

A doutrina, a exemplo dos citados Teori Zavascki, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição, defende que a razão de afastamento da incidência do enunciado 400 de súmula, adotado pelo STF (a *ratio decidendi*) deve também ser aplicada para afastamento da incidência do enunciado 343 de súmula – o que tem encontrado obstáculos no Superior Tribunal de Justiça, que continua reafirmando a tese sumulada, aplicando-a para obstar o conhecimento de ações rescisórias fundadas na violação de lei federal sob argumento de interpretação divergente.

Mas de fato, não parece existir justo discriminem nas duas situações (enunciado 400 e matéria constitucional; e enunciado 343 e matéria infraconstitucional), porquanto a

---

<sup>493</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.

função institucional desses tribunais superiores (STF e STF) é justamente a nomofilática de uniformização da interpretação do direito<sup>494</sup>.

Preconizando a necessária superação desse entendimento contido no enunciado número 343 de Súmula do STF, postulando que o STJ se adeque a sua função nomofilática de tribunal superior, Teori Zavascki defende que as mesmas razões que levaram o STF a afastar o enunciado 400 deveriam ter provado o afastamento desse enunciado 343:

Portanto, ao tolerar interpretação razoável, mas não exata (ou seja, ao admitir que, paralelamente à interpretação que considera a adequada, persista outra interpretação, ainda que razoável, da norma), o STJ acaba operando em sentido oposto ao de suas atribuições. Certamente não estará zelando por dar à norma federal a necessária interpretação uniforme e nem estará atuando por sua aplicação uniforme para todos os destinatários. Pelo contrário: essa postura representa a expressa consagração da legitimidade de diferentes interpretações da mesma lei federal, bem como, conseqüentemente, da sua aplicação não uniforme. Representa, portanto, inquestionavelmente, um severo comprometimento da própria função institucional do Superior Tribunal de Justiça.<sup>495</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que fez o Supremo Tribunal Federal, zelando pela sua função institucional de uniformização da interpretação jurídica, e em respeito aos preceitos constitucionais da isonomia, deveria admitir a ação rescisória fundada em violação de norma jurídica em casos de ocorrência de interpretações controvertidas, justamente em busca de consolidar o direito aplicável.<sup>496</sup>

---

<sup>494</sup> “Todavia, ao contrário do que ocorreu no STF, o STJ não teve a mesma postura em relação à outra súmula (343-STF) que adota a doutrina de tolerância de interpretação razoável (mesmo que contrária à sua própria jurisprudência). Embora milite a seu favor o argumento da segurança jurídica, é difícil justificar, após a Constituição de 1988, a manutenção dessa súmula. Ao criar o STJ e lhe dar a função essencial de guardião da legislação federal (e, portanto, de seu intérprete oficial), a Constituição impôs ao Tribunal o dever de manter a integridade do sistema normativo, a uniformidade de sua interpretação e a isonomia na sua aplicação. Deu-lhe, também, como missão específica, a de dirimir as divergências dos tribunais locais na interpretação da lei federal, criando, para isso, até mesmo uma específica hipótese de cabimento de recurso especial (CF, art. 105, III, c). Portanto, a partir de 1988, existe no País um tribunal superior com a função (importante para a manutenção do princípio da isonomia e do próprio princípio federativo) de uniformização da jurisprudência, bem como a função, que se poderia denominar nomofilática, entendida a nomofilaquia no sentido que lhe atribuiu Calamandrei, destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades ‘que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente’” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.)

<sup>495</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.

<sup>496</sup> “A exemplo do que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal, que inicialmente afastou a aplicação da Súmula n. 400 e depois estendeu o mesmo entendimento para a Súmula n. 343, acreditamos e esperamos que o Superior Tribunal de Justiça, fazendo valer sua missão constitucional, também afaste a aplicação da Súmula n. 343 para admitir a propositura da ação rescisória quando a decisão trãnsita em julgado afrontar entendimento jurisprudencial sedimentado no Tribunal, uniformizando a aplicação do direito federal e distribuindo a justiça ao conferir tratamento igual a situações jurídicas idênticas” (SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. P. 45.)

Tal uniformização da interpretação – e, por conseguinte, aplicação do direito – visa, justamente, como exposto anteriormente, à cumprir os mandamentos constitucionais da isonomia.<sup>497</sup>

De toda forma, infelizmente, subsiste, por ora, o conteúdo do verbete número 343 de súmula, que é utilizado para obstar o conhecimento dessas ações rescisórias em matéria infraconstitucional.

Em matéria constitucional, contudo, como se expôs, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a ação rescisória por violação (manifesta) à norma jurídica em casos de interpretações constitucionais divergentes, visando, justamente, a aplicação da correta interpretação conforme à Constituição, atribuída pelo próprio Supremo; apesar do enunciado número 343 de súmula e da tese número 136 de repercussão geral, como se expôs.<sup>498</sup>

---

<sup>497</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 197

<sup>498</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 227

#### 4.2.4. Solução do conflito entre princípios jurídicos

A maior problemática da análise de eventual violação de princípio é justamente a detecção dessa violação de forma manifesta para autorizar a rescisão do julgado, conforme a hipótese de cabimento em estudo.

Os princípios raramente são violados em tese, porquanto a aplicação dos princípios se dá à luz do caso concreto, em análise das circunstâncias fáticas presentes na lide que se põe como problemática da decidibilidade para solução.

Como exposto nessa monografia, e seguindo a teoria de Robert Alexy, as regras são determinações cuja satisfação é completa ou totalmente excepcionada, em razão de uma cláusula de exceção ou declaração de invalidade de uma das regras que está no conflito. Esse conflito entre regras, destarte, ocorre na dimensão da validade. Todavia, o conflito entre princípios, sendo mandados de otimização, podem ser satisfeitos em graus variados, de modo que o conflito se resolve na dimensão do peso, de precedência de um deles à luz do caso concreto.<sup>499</sup>

A análise da violação de princípios segue, no mais, a mesma lógica da análise de qualquer violação normativa: ocorre quando foi aplicado em caso que não deveria ter sido; ou quando não foi aplicado em caso que deveria ter sido. Com uma observação distintiva: como se viu anteriormente, ao contrário das regras jurídicas, que seguem o sistema de subsunção tudo-ou-nada, os princípios seguem o sistema da ponderação, com preponderância em maior ou menor intensidade, sem, necessariamente, completo afastamento do princípio. Isso dificulta sobremaneira a análise da *manifesta* violação do princípio (que não preponderou).

Boa parte da doutrina, como exposto no início desse trabalho, identifica a distinção terminológica entre regras e princípios da seguinte forma: regras são normas jurídicas com descrição de uma situação fática como hipótese de incidência, prevendo as consequências em sua ocorrência; enquanto princípios prescrevem um valor tutelado pelo sistema, e não uma situação, de forma que possuem elevado grau de abstração e generalidade.<sup>500</sup>

---

<sup>499</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90-94

<sup>500</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 268

No mais, os princípios são vistos, ao menos conforme compreensão de Robert Alexy, bem adotada pelo sistema brasileiro, sobretudo pelo próprio Poder Judiciário, como verdadeiros normativos como mandados de otimização, de modo que devem ser satisfeitos no maior grau possível, conforme o caso concreto (possibilidades jurídicas e fáticas existentes):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>501</sup>

Na esteira e ao encontro do que vem sendo exposto nessa monografia, Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição assim definem os princípios:

Princípios são regras gerais e genericamente formuladas, que estão na base dos ordenamentos jurídicos positivos e que admitem ‘restrições’ e não são absolutos. São regras ‘inspiradoras’ de uma estrutura, que lhe imprimem certa dose de coesão e tendência à harmonia, e essa é outra de suas funções.<sup>502</sup>

Como já adiantado nessa monografia, a colisão de princípios se resolve de forma diversa da colisão entre regras. Entre essas, a solução é via modelo tudo-ou-nada, vez que as regras jurídicas estão na mesma dimensão de peso e importância, nas lições de Ronald Dworkin.<sup>503</sup>

As regras são aplicáveis por meio desse critério de tudo-ou-nada: ou a regra é aplicável ao caso, ou não é aplicável (a regra não é válida para ser aplicável). E essa validade é constatada a partir da interpretação do próprio sistema jurídico em conjunto. Nas exatas palavras de Dworkin:

[...] regras são aplicáveis segundo um modelo de tudo-ou-nada, pois se os fatos estipulados por uma regra estão dados, então, ou a regra é válida, situação na qual a resposta que ela fornece precisa ser aceita, ou não é válida, circunstância na qual ela não contribui em nada para a decisão. [...] Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero.<sup>504</sup>

<sup>501</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 90

<sup>502</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 268

<sup>503</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 22

<sup>504</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 39-42

Todavia, princípios são diferentes de regras, como se observou ao longo da primeira parte dessa monografia. E essa diferença, da própria natureza jurídica, resulta na distinção de métodos de solução de “antinomia”.

As regras trazem a descrição de dada situação, formada por um fato ou uma espécie (a *fattispecie* a que se referem os italianos) deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma (ou mais) regra(s) concretizadora(s). Princípios, portanto, têm um grau incomensuravelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras. Por isso, também, poder-se dizer com maior facilidade, diante de um acontecimento, ao qual uma regra se reporta, se essa regra foi observada ou se foi infringida, e, nesse caso, como se poderia ter evitado sua violação. Já os princípios trazem ínsitas “determinações de otimização” (*Optimierungsgebote*, na consagrada expressão de Robert Alexy),<sup>12</sup> isto é, um mandamento de que sejam cumpridos na medida das possibilidades, fáticas e jurídicas, que se oferecem concretamente - o que já nos remete, de imediato, ao princípio da proporcionalidade, por ele ser a própria expressão deste mandamento e contemplar tal ideia de gradação no cumprimento de um princípio, aí incluindo-se o próprio princípio da proporcionalidade, que também não se pode acatar em termos definitivos, de “tudo ou nada”, como as regras.<sup>505</sup>

A colisão entre princípios não é resolvida na dimensão da validade normativa, como as regras; mas sim na dimensão do peso, do grau de incidência. Os princípios têm essa dimensão de importância que as regras não têm. Isso importa em dizer que determinado princípio pode incidir em um caso concreto com menor importância; em outro caso diverso, com maior importância; e em ambos os casos, o princípio terá sido respeitado e terá incidido.

Um princípio pode ter incidido com maior importância em um caso e ser preterido em outro – e isso não significa que o princípio, quando preterido, tenha perdido sua validade jurídica ou tenha sido excluído do sistema jurídico. Ou, ainda, que ante aquela colisão, sempre será preterido (ou sempre irá preponderar).

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é.<sup>506</sup>

<sup>505</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

<sup>506</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 42-43

Em linhas gerais, Robert Alexy também soluciona a colisão normativa entre princípios da mesma forma:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência [...]<sup>507</sup>

Para solução mais científica quando possível desse conflito, Robert Alexy desenvolveu a técnica da ponderação de princípios – tomando, por base, o conflito entre princípios de direitos fundamentais. Para Alexy, a ponderação da colisão entre princípios segue uma fórmula embasada nas máximas de necessidade, adequação e proporcionalidade.<sup>508</sup>

Alexy defende, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais, que o princípio deve ser realizado em sua máxima medida possível, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. E tais possibilidades são apuradas conforme sua técnica de ponderação, com as subdimensões da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Essa técnica da ponderação entre princípios, que tem por escopo a máxima realização fática e jurídica dos princípios envolvidos na colisão, é a análise da proporcionalidade dessa colisão, via princípio da proporcionalidade:

O traço distintivo entre regras e princípios, por último referido, aponta para uma característica desses, já mencionada, que é de se destacar: sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um “princípio de relatividade” (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), que é o princípio da proporcionalidade, para que se possa respeitar normas, como os princípios, tendentes a colidir, quando se opera concretamente com o Direito.<sup>509</sup>

O critério da máxima da proporcionalidade (“princípio da proporcionalidade”; “técnica da ponderação”) é resultado da investigação científica de Alexy, desenvolvida a

<sup>507</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 93-94

<sup>508</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 116

<sup>509</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

partir do sistema jurídico alemão. Esse sistema de solução foi amplamente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pelo Poder Judiciário, para solução dos conflitos entre princípios jurídicos.

Robert Alexy ensina que a solução da colisão entre princípios observa uma lei material do sopesamento: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”<sup>510</sup>. Essa lei material do sopesamento, que verifica o equilíbrio entre princípio mitigado e princípio preponderante é descrita da seguinte forma pelo autor:

No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>511</sup>

O conteúdo jurídico dessa “máxima da proporcionalidade”, critério para solução da colisão entre os princípios jurídicos (técnica da ponderação de princípios) será analisado no capítulo a seguir.

É necessária que essa exposição do método da ponderação e utilização da proporcionalidade esteja contida na fundamentação da ação rescisória, na decisão judicial (acórdão) que analisará a ocorrência ou não da violação apontada do princípio.

Usual a compreensão da necessidade da fundamentação das decisões judiciais, que, em nosso sistema brasileiro, tem inegável determinação constitucional. Essa necessidade constitui verdadeiro princípio do sistema jurídico: o princípio da fundamentação das decisões (judiciais e administrativas).

O princípio da fundamentação das decisões é extraído do artigo 93, incisos IX e X da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

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

---

<sup>510</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>511</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros

A exigência de fundamentação das decisões é manifestação do Estado de Direito. Além da previsão constitucional, o sistema jurídico brasileiro se preocupa bastante com o tema com diversas previsões infraconstitucionais no Código de Processo Civil (vide, por exemplo, as disposições do artigo 489 da lei).

De forma didática, Rogério Licastro Torres de Mello registra a divisão da função da fundamentação das decisões judiciais:

A necessidade de motivação das decisões judiciais perfaz preceito que serve ao balizamento da própria atuação estatal, especificamente considerada, aqui, na sua manifestação de Estado-juiz, *id est*, o princípio da motivação das decisões judiciais incide sobre a ação estatal jurisdicional dando-lhe, a um só tempo, (i) razão de ser, na medida em que o Estado-juiz justifica seu agir, e (ii) adstrição desse mesmo Estado-juiz aos parâmetros legais.<sup>512</sup>

A fundamentação é compreendida como a exposição de razões, de fato e de direito, pelo julgador. A fundamentação é substancial e não formal, de modo que a decisão deve estar substancialmente fundamentada à luz das questões trazidas pelas partes.<sup>513</sup>

A necessidade da fundamentação das decisões em um sistema é justificada, sobretudo, para permitir um adequado controle da prestação jurisdicional, de forma a evitar subjetividades e permitir a apuração da correta aplicação normativa. A principal garantia é justamente de se evitar julgamentos arbitrários e contrários ao sistema jurídico.

Como expõe Gomes Canotilho:

A fundamentação das decisões - o que, repita-se, inclui a motivação -, mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas, e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade de motivação/justificação do que foi dito. Trata-se de uma verdadeira 'blindagem' contra julgamentos arbitrários.

[...]

A exigência de fundamentação das decisões judiciais ou da "motivação de sentenças" radica em três razões fundamentais: (1) controle da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo

<sup>512</sup> MELLO, Rogério Licastro Torres. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. Volume 111, Jul-Set 2003. P. 273-289

<sup>513</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª edição. Revista dos Tribunais, 2016. P. 327

às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.<sup>514</sup>

A fundamentação das decisões judiciais, como conclui Flávio Cheim Jorge e Vinícius Sant’Anna, tem por objetivos contribuir ao sistema jurídico da seguinte forma:

Em razão do que foi exposto, é possível concluir que a fundamentação: (i) confere racionalidade à atividade jurisdicional; (ii) permite o controle (endoprocessual e extraprocessual) das decisões judiciais; (iii) confere legitimidade ao exercício do poder jurisdicional; (iv) garante segurança jurídica; (v) protege e promove outras garantias processuais; (vi) dá a devida importância ao caso concreto; (vii) melhora a qualidade das decisões; (viii) tem o potencial de reduzir o número de recursos.<sup>515</sup>

Em sentido semelhante, é a lição de Teresa Arruda Alvim, para quem:

A fundamentação das decisões judiciais é exigência comum no direito dos países desenvolvidos, por duas ordens de razões: (1) o Estado deve ‘prestar contas’ de sua intromissão na vida dos particulares, justificar-se; (2) a prática do recurso implica a necessidade de se impugnarem os fundamentos da decisão que se pretende derrubar (e não a decisão em si mesma). Não havendo fundamentos, não há o que se impugnar. Portanto, a fundamentação implica a viabilidade técnica dos recursos em geral.<sup>516</sup>

Na Constituição Italiana, cite-se à guisa de exemplo, a exigência da fundamentação das decisões constitui um “princípio jurídico-político fundamental para a administração da justiça”, como expõe Taruffo<sup>517</sup>. A exigência da motivação é tida como um princípio de controle das decisões judiciais, justamente para controlar a forma que os órgãos estatais exercem a jurisdição.<sup>518</sup>

A fundamentação detém uma perspectiva endoprocessual consistente em permitir que as partes conheçam do conteúdo e alcance da decisão e analisem o interesse em interposição de recursos, bem como controlar a adequada aplicação do sistema jurídico ao

<sup>514</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013; e CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª edição. Almedina: Coimbra, 2003.

<sup>515</sup> JORGE, Flavio Cheim; SANT’ANNA, Vinicius de Souza. Fundamentação das decisões judiciais: razões, interações com outras garantias, requisitos mínimos e controle. *Revista de Processo*. Vol. 302. Abr 2020. P. 89-100.

<sup>516</sup> ALVIM, Teresa Arruda. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 431

<sup>517</sup> TARUFFO, Michele. *La Motivación de La Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011. P..359.

<sup>518</sup> “*La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica ‘privatista’ del control ejercido por las partes y la óptica ‘burocrática’ del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica ‘democrática’ del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia. Entonces, el principio constitucional que analizamos no expresa una exigencia genérica de controlabilidad, sino una garantía de controlabilidad democrática sobre la administración de justicia.*” (TARUFFO, Michele. *La Motivación de La Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011. P.361.)

caso. Essa perspectiva detém uma função técnica e processual, sendo uma garantia voltada ao melhor funcionamento do sistema.

Como aponta Michele Taruffo:

*La exposición de motivos tiene una función importante en la identificación de los vicios de la sentencia y en la formulación de motivos de la impugnación, porque la motivación en sentido estricto realmente representa la única fuente para la eventual determinación de los errores in iudicando cometidos por el juez, incluso cuando, evidentemente, la sentencia puede impugnarse también por vicios que no provengan directamente del texto de la motivación.*<sup>519</sup>

Aponta-se também uma perspectiva extraprocessual, que consiste no controle externo do processo: a opinião pública da sociedade quanto aos fundamentos das decisões judiciais, em termos de legitimação do exercício jurisdicional.

Além dessas duas funções, Michele Taruffo e outros doutrinadores apontam que a fundamentação tem, ainda, a função de persuasão da parte sucumbente, na demonstração do porquê está equivocada, do porquê sucumbirá em sua pretensão.

Nessa linha, o autor italiano Piero Calamandrei registra que a fundamentação também “serve para demonstrar que a sentença é justa e por que é justa; e também para persuadir a parte sucumbente que a sua condenação foi o necessário ponto de chegada de um mediato raciocínio, em lugar de ser fruto improvisado de arbítrio e de opressão”<sup>520</sup>

Em contraponto, Luigi Montesano aduz que a fundamentação tem como destinatário o operador do direito, que é capaz de decodificar o discurso da linguagem jurídica e técnica.<sup>521</sup>

Deve ser observado que é possível avaliação e controle sobre racionalidade e fundamentação adotada. Como expõe Michele Taruffo:

*[...] la razionalità della decisione non presuppone il convincimento circa l'esistenza di una ragione univoca ed immutabile, di verità assolute o di un ordine metafisico. Si può invece discutere validamente di razionalità e controlli a proposito delle decisioni giudiziarie muovendo da premesse relativistiche circa la polisemia ed indeterminazione del termine "razionalità", anche nelle sue possibili applicazioni in contesti giuridici, e tenendo conto della natura inevitabilmente culture-, theory- e*

<sup>519</sup> TARUFFO, Michele. *La Motivación de La Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011. P.337-338

<sup>520</sup> CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México .2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 67.

<sup>521</sup> MONTESANO, Luigi. *Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione*. Padova: Cedam, 1988.

*context-laden del problema e delle prospettive in cui esso può essere analizzato.[...]*<sup>522</sup>

A análise e controle da fundamentação da decisão é feita à luz dos elementos do sistema jurídico, notadamente a coerência e coesão com os demais, como, por exemplo, as outras normas jurídicas – princípios jurídicos; e seu conteúdo normativo.

É necessário que a decisão enfrente as questões trazidas pelas partes; questão compreendida como ponto controvertido, como ensina Teresa Arruda Alvim.<sup>523</sup> Essas questões (pontos controvertidos da relação processual) devem ser solucionadas pelo poder judiciário.

Nas palavras de Carnelutti, citado por Rogério Cunha:

Questão pode se definir em um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e a sua noção é correlata àquela de afirmação. O ponto é o fundamento de uma afirmação referente ao mérito, ao processo ou à ação. Essa afirmação pode ser feita por qualquer um dos sujeitos da relação processual: juiz, autor e réu.<sup>524</sup>

Como será a seguir exposto, a própria lei, em uma adequada interpretação, não literal, também exige que o poder judiciário enfrente as questões (e não os argumentos) trazidos pelas partes que sejam capazes de alterar o desfecho jurídico adotado, a conclusão da silogística e racional fundamentação registrada e a decisão.

Argumento é “qualquer razão, prova, demonstração, indício, motivo capaz de captar o assentimento e de induzir à persuasão ou à convicção”.

A argumentação é retórica, ligada a técnica de convencimento; e não propriamente objeto da decisão judicial. A decisão judicial resolve *questões*; e não *argumentos*.

[...] ao contrário do que se pode compreender de uma leitura apressada do inciso IV, do §1º do Art. 489 do NCPC, não está o juiz obrigado a analisar todos os

<sup>522</sup> TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007, p. 69; Em tradução livre: “[...] racionalidade da decisão não pressupõe o convencimento sobre a existência de uma razão unívoca e imutável, de verdade absoluta ou de uma ordem metafísica. Pode-se, ao contrário, se discutir validamente sobre racionalidade e controle a propósito das decisões judiciais movendo para a premissa relativa sobre a polissemia e indeterminabilidade do termo “racionalidade, também nas suas possíveis aplicações no contexto judicial, e tendo em vista a natureza inevitavelmente cultural, teórica e contextualizada dos problemas e das perspectivas em que eles possam ser analisados [...]”

<sup>523</sup> ALVIM, Teresa Arruda. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). *Comentários ao código de processo civil - volume 2*. São Paulo: Saraiva, 2017

<sup>524</sup> CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. Disponível em <[https://amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/O\\_Deber\\_de\\_Fundamentacao\\_no\\_NCPC.pdf](https://amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/O_Deber_de_Fundamentacao_no_NCPC.pdf)> Acesso em 20/10/2022.

“argumentos” trazidos pelas partes, mas sim, mantem-se o entendimento vigente de que a decisão deve enfrentar todas as “questões” que as partes submeterem ao Poder Judiciário. A fundamentação se dá por meio da análise dos fatos, das questões processuais trazidas pelas partes, não de seus argumentos, a leitura literal do dispositivo em comento acaba transformar a decisão em verdadeiro questionário, quando é indiscutível que os argumentos não vinculam o julgamento. Pois bem argumentos são simplesmente razões para justificar ou refutar uma afirmação, argumentos, por si só, não possuem densidade jurídica a exigir o pronunciamento judicial, não se pode deixar seduzir pelo sofisma de que “vence” o processo quem detém o melhor argumento, o direito é entregue pelo judiciário aquele que é o seu efetivo titular, independente da sua linha de argumentação.<sup>525</sup>

O Juiz está obrigado a manifestar-se sobre todos os pontos duvidosos, os pontos controvertidos, sejam de ordem processual ou de mérito (questões). A decisão não é um questionário em que o Juiz estaria obrigado a responder todas as argumentações e questionamentos retóricos trazidos pelas partes.

A adequada interpretação do dispositivo legal do sistema é de que o julgador deve enfrentar e decidir todas as questões (pontos controvertidos) postos pelas partes e que sejam capazes de alterar, influenciar o julgamento final.

Como citado, a nível infraconstitucional, o Código de Processo Civil traz importante regulamentação da fundamentação das decisões judiciais, principalmente em seu artigo 489:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>525</sup> CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. Disponível em <[https://amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/O\\_Deber\\_de\\_Fundamentacao\\_no\\_NCPC.pdf](https://amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/O_Deber_de_Fundamentacao_no_NCPC.pdf)> Acesso em 20/10/2022.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Na lógica legal, o Código de Processo Civil elencou hipóteses em que a decisão judicial não está fundamentada. Trata-se de lógica *contrario sensu*, com exemplificação de decisões que não atenderão o mandamento constitucional de fundamentação.<sup>526</sup>

A legislação se preocupou com a fundamentação da decisão (seja interlocutória, sentença, acórdão), segundo as lições de Taruffo, de modo que deve (i) existir de fato; (ii) ser completa e (iii) ser coerente.<sup>527</sup>

O objetivo da disposição é trazer o dever de máximo cuidado e atenção ao julgador, impondo o enfrentamento das questões relevantes trazidas pelas partes em consonância às peculiaridades fáticas daquele caso concreto.

O dever da fundamentação é dimensionado em cada caso concreto, face às questões debatidas e seu grau de relevância. A fundamentação exige, ao menos, como expõe Candido Rangel Dinamarco:

- a) a interpretação das normas a serem aplicadas;
- b) o exame dos fatos e das provas;
- c) a qualificação jurídica do conjunto dos fatos alegados e provados
- d) a declaração das consequências jurídicas dos fatos que o juiz reconhece como ocorrido<sup>528</sup>

Essa é a medida da fundamentação, que exige explicitude do juiz sobre os pontos relevantes e coerência entre os fundamentos e conclusão, o desfecho.

Especialmente para o escopo desta monografia, verifica-se que o artigo 489, §2º do Código de Processo Civil deixa clara a obrigação de exposição de motivos

---

<sup>526</sup> “O novo Código foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores. Enumerou, em longa série, situações em que, exemplificativamente, a sentença não pode, in concreto, ser havida como fundamentada em sentido jurídico (art. 489, §1º). (...) Há, evidentemente, em um processo que se pretende democrático e cooperativo, um maior rigor do legislador com relação à motivação. De tal modo, não é qualquer palavreado do julgador que se pode ter, para o Código, como fundamento da decisão judicial. A sentença só será havida como fundamentada quando sua motivação se apresentar como adequada lógica e juridicamente” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 54ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 1341)

<sup>527</sup> TARUFFO, Michele. *La Motivación de La Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011. P. 234

<sup>528</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.P.771

(fundamentação) do método de ponderação de princípios efetuada, devendo justificar os critérios utilizados.

Apesar da impropriedade técnica, eis que a ponderação ocorre somente em relação à princípios igualmente incidentes, e não às regras colidentes, que são solucionadas por meio diversos de antinomia, o dispositivo legal é bem-intencionado ao prever a necessidade de detalhada fundamentação da ponderação de princípios.<sup>529</sup>

O artigo 489, §1º, inciso II também é relevante para os fins desse trabalho. Não se considera fundamentada a decisão que emprega conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Isso importa na necessária demonstração da aplicação (ou não) do princípio jurídico naquele caso concreto.

O julgador deve expor, em análise (tri, ou melhor, tetradimensional do direito), com conjugação de fato, valor e a norma jurídica, em prol da justiça, o porquê o princípio incide (ou não) naquele caso; o porquê da prevalência de um princípio em relação a outro colidente.

Embora os conceitos jurídicos indeterminados não se confundam inteiramente com os princípios, muito se aproximam deles, de modo que sua aplicação pelo julgador também deve observar as técnicas da ponderação e os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos casos de conflitos, além das regras gerais da hermenêutica jurídica.<sup>530</sup>

Essa fundamentação deve ser adequada, com a demonstração de aplicação da norma ao caso concreto e consideração das circunstâncias do caso; na linha da lição de Candido Rangel Dinamarco, registrada há pouco. Nesse mesmo sentido, assim expõe Humberto Theodoro Júnior:

Atento à necessidade de fundamentação adequada, a doutrina tem afirmado que não se pode tolerar a sentença com (i) fundamentação fictícia, ou seja, a que se apresenta dissociada das circunstâncias do caso concreto; (ii) fundamentação apenas implícita, i.e., a que se satisfazer com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; (iii) fundamentação ‘per relationem’ que simplesmente faz referencia a outra; (iv) fundamentação que se limita a reproduzir jurisprudência; (v) fundamentação incompleta.<sup>531</sup>

Na ação rescisória não é diferente: há necessidade de fundamentação da decisão. Aqui, ainda com uma maior carga de fundamentação na decisão que afasta a coisa julgada e

<sup>529</sup> ALVIM, Teresa Arruda. In: BUENO, Cassio Scarpinella. (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 436-437

<sup>530</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 58ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 1071

<sup>531</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 58ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 1075

rescinde o julgado, eis que se trata de excepcional hipótese do sistema, o que atrai um ônus argumentativo maior ao julgador, a fim de demonstrar fundamentadamente a necessidade e cabimento dessa via de exceção.

Registre-se, por oportuno, que, princípio sendo, a violação à fundamentação de uma decisão judicial também poderá ensejar ação rescisória, pelas razões aqui expostas nessa dissertação, com fundamento legal no estudado artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil.

Levada a discussão acerca da violação de um princípio – tema dessa dissertação – deve o julgador analisar a ocorrência dessa violação à luz da teoria da colisão de princípios jurídicos, com observância ao núcleo essencial de conteúdo da norma jurídica.

Em se tratando da fundamentação de conflito de princípios, deve-se registrar qual terá primazia naquela colisão. Esse é, como se viu, o método adequação para solução do conflito entre princípios.

A este respeito, ensina Robert Alexy:

De outra forma são as coisas, quando se trata de uma colisão de princípios. Princípios são normas, que ordenam que algo, relativamente às possibilidades fáticas e às jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, que são caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado essencialmente por princípios em sentido contrário. Em colisões de princípios, por exemplo, na entre o direito individual à fruição da natureza e o bem coletivo da proteção ambiental, não se trata disto, de despedir um de ambos os princípios do sistema, mas disto, de otimizar ambos os princípios no sistema. Isso é um problema da produção de coerência. A solução do problema pode dar bom resultado somente pela fixação de relações de primazia, mais ou menos concretas, definitivas, condicionadas, assim como pela determinação de primazias - *prima facie*. Somente assim pode ser contido o perigo que o sistema seja empregado para a fundamentação de decisões que, sem dúvida, não se contradizem, mas em sua relação uma com a outra são arbitrárias e, nesse sentido, incoerentes.<sup>532</sup>

Como alerta Alexy (acima), essa relação de primazia de princípio sob outro não é, todavia, discricionária ou arbitrária do julgador.

O julgador, intérprete e aplicador do sistema jurídico, quando instado a solucionar o conflito entre princípios (ou, em juízo da ação rescisória, verificar a correta solução desse conflito previamente solucionado e acobertado pela coisa julgada), deve-se pautar pelo conteúdo do núcleo mínimo e essencial da norma principiológica.

---

<sup>532</sup> ALEXY, Robert. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. *Revista de Direito Privado*. Vol. 25, Jan-Mar 2006. P. 297-310

Esse conteúdo, como se viu, é formado a partir da historicidade de decisões judiciais com projeção de efeitos de precedentes da decisão que se está prolatando (modelo de Juiz Hércules de Dworkin), e análise sistemática e doutrinária daquela norma jurídica. A conjugação desses fatores resulta no conteúdo jurídico do princípio. E, a análise detalhada desse conteúdo jurídico demonstrará o conteúdo jurídico mínimo (inviolável) desse princípio.

Não há, destarte, discricionariedade nessa solução pelo julgador.

Em rigor técnico, a discricionariedade significa atribuição do sistema jurídico de “parcela de liberdade concedida ao administrador para escolha, entre dois caminhos ou critérios possíveis, o que se revelar mais adequado ao atendimento do interesse público”, como ensina João Batista Lopes em artigo dedicado ao tema.<sup>533</sup>

A discricionariedade não se confunde com conceitos vagos ou indeterminados, cláusulas gerais, tampouco com princípios jurídicos.

Nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a vagueza está no conteúdo da norma e nos termos utilizados pela norma, respectivamente. Mas, como exposto nessa monografia, e como ensina Eros Grau, citado por João Batista Lopes, “o conceito jurídico indeterminado se estrutura por conter um núcleo fixo ou zona de certeza positiva, uma zona intermediária ou de incerteza e a zona de certeza negativa”.<sup>534</sup>

Em que pese a existência de divergência doutrinária, entre aqueles que preconizam pela existência de discricionariedade judicial (Raselli, Barbosa Moreira, Eduardo de Mesquita, por exemplo) e aqueles contrários (Georges Abboud, José Roberto Bedaque, Teresa Arruda Alvim, Maria Elizabeth de Castro Lopes)<sup>535</sup>, e sem adentrar essa específica discussão, verifica-se a inexistência de discricionariedade na ponderação de princípios, escopo dessa monografia.

Isso porque há um traço distintivo relevante, exposto por João Batista Lopes:

Afigura-se decisivo para o deslinde da questão assinalar que a atividade jurisdicional é regida pela *necessidade*, que constitui elemento do *interesse de agir*, e não pela *conveniência* ou *oportunidade*, critérios adequados à atividade administrativa. [...]

---

<sup>533</sup> LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. Vol. 274. Dez 2017. P. 79-97

<sup>534</sup> LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. Vol. 274. Dez 2017. P. 79-97

<sup>535</sup> Todos citados e referenciados no artigo de LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. Vol. 274. Dez 2017. P. 79-97

Não há confundir *interpretação* com *discricionariedade*. A primeira destina-se à fixação do sentido e alcance da norma segundo critérios técnicos fornecidos pela doutrina; a segunda significa outorga de opção ao administrador para escolher, entre dois ou mais caminhos, o que melhor atender ao interesse público.<sup>536</sup>

Especificamente a respeito do processo de interpretação de princípio e aplicação ao caso concreto, Teresa Celina de Arruda Alvim assim expõe, afastando a ocorrência de discricionariedade judicial:

A diferença fundamental que há entre o preenchimento (em concreto) de um conceito vago - fenômeno a que, como se disse, muitos designam, com alguma impropriedade de "discricionariedade" judicial - e a discricionariedade propriamente dita, é que quando uma norma encampa o conceito vago, em sua redação, ela é concebida *com o escopo de gerar uma só interpretação*, ou seja, a gerar uma situação tal, de molde a que dela se extraia uma só interpretação, um só resultado. [...] Na esfera judicial, a norma que contém o conceito vago e que enseja ao intérprete (no caso, ao Juiz) exercício de atividade mental mais complexa que o mero esquema subsuntivo, é marcadamente tendente a dar origem a uma única solução, pois foi mesmo concebida com o fito de gerar um só resultado, à luz dos mesmos fatos e sob a mesma circunstância histórico-espacial-temporal.<sup>537</sup>

Há necessidade do julgador verificar, por exemplo, precedentes existentes no sistema jurídico que já tenham solucionado conflitos semelhantes, em proximidade fática e jurídica; ou, ao menos, precedentes que direcionem o conteúdo normativo do princípio.

É essa a lição que se extrai do trecho acima de Teresa Arruda Alvim. As mesmas situações fáticas, em mesma circunstância histórico-espacial-temporal, devem receber o mesmo tratamento do Poder Judiciário, em respeito ao princípio da isonomia aos jurisdicionados.

Dessa forma, o julgador, deparando-se em situação semelhante, fática e juridicamente, e, valendo-se de ponderações já realizadas anteriormente pelo Poder Judiciário (Juiz Hércules de Dworkin; precedentes judiciais; jurisprudência), localizando aquele núcleo essencial do princípio (Willis Santiago), aplica-se a mesma solução, de forma a conferir a interpretação adequada do sistema.

Isto porque, à luz da segurança jurídica, há inegável formação de pauta de conduta pela norma da forma que é interpretada e aplicada pelo Poder Judiciário; como ensina Teresa Arruda Alvim: “Em nosso entender, o direito é a lei, interpretada pelos tribunais, à luz da

<sup>536</sup> LOPES, João Batista. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. Vol. 274. Dez 2017. P. 79-97

<sup>537</sup> ALVIM, Teresa Celina Arruda. Existe a discricionariedade judicial? *Revista de Processo*. Vol. 70. Abr-Jun 1993. P. 232-234

doutrina: destes elementos emerge a pauta de conduta que orienta a vida do jurisdicionado, indicando-lhe o que pode e o que não pode fazer”.<sup>538</sup>

Portanto, na interpretação do conteúdo jurídico do princípio, justamente na análise de ocorrência ou inoocorrência de sua violação (método da ponderação), deve-se considerar as decisões judiciais e a doutrina para construção da norma a partir do enunciado normativo; também para apuração do conteúdo mínimo inviolável do princípio.

Esta análise deriva justamente de um caráter sistêmico do direito, a fim de manter sua coerência e coesão; e garantir a aplicação isonômica das normas jurídicas aos indivíduos, em respeito a pauta de confiança criada.

Assim, não se pode pensar a interpretação jurídica como puramente subjetiva, arbitrária ou livre de exigências ou de critérios. O intérprete deve observar parâmetros mais ou menos universais, amplamente aceitos, pois somente com isso fica assegurada a sua objetividade e racionalidade. Assim surge a necessidade do juiz justificar racionalmente suas decisões, apresentando argumentos em favor do significado ou da unidade de sentido por ele atribuída ao texto jurídico, reduzindo-se o espaço da subjetividade e da arbitrariedade na interpretação jurídica. [...] Por isso, ao intérprete constitucional se exige uma justificação sobremaneira consistente, o que é possível através da teoria dos princípios que se apresenta, através da ponderação, como a estruturação racional de argumentação jurídico- constitucional. Tal teoria, como as demais teorias argumentativas, investe na necessidade de fundamentação das decisões como forma de controle da discricionariedade judicial [...]<sup>539</sup>

O próprio método da ponderação, como visto, sendo teoria da argumentação, exige que essa análise e conclusão seja adequadamente fundamentada, como forma de controle da discricionariedade judicial. Dworkin em sua teoria exige uma fundamentação consistente por meio da exposição dos fatores de pesos dos princípios colidentes, com demonstração da prevalência de um em relação ao outro; isto de acordo com as peculiaridades concretas daquele caso posto em análise.

A contribuição de Dworkin para a superação da discricionariedade, na interpretação das normas jurídicas, é de fundamental importância, pois, ao defender, por meio da integridade do Direito, a possibilidade da existência de uma resposta correta para os problemas jurídicos, Dworkin superou a discricionariedade judicial e passou a fornecer mecanismos mais adequados para a concretização dos princípios que orientam a formação do Estado Democrático de Direito. Assim, Dworkin enfrentou um problema que não havia recebido a devida atenção pelo pensamento positivista, como a interpretação e os limites da decisão judicial, já que, nesta corrente de pensamento, os juristas aceitam antecipadamente múltiplas respostas possíveis sem

---

<sup>538</sup> ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 68

<sup>539</sup> VARGAS, Luiz Alberto. A discricionariedade na decisão judicial e a teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 172. Nov-Dez 2016. P. 137-155

nenhum vínculo direto com o mundo prático. Com Dworkin a hermenêutica não nega a existência de múltiplos significados para um texto, mas rejeita as posturas analíticas que tentam estabelecer significados *in abstracto*.<sup>540</sup>

O que o método de Dworkin nos traz é que o próprio sistema jurídico limita a discricionariedade judicial, estabelecer a necessidade de adequação entre essa interpretação o próprio sistema (interpretação adequada à Constituição, por exemplo, como se registrou nessa monografia). Das múltiplas interpretações possíveis (e aqui, algumas discricionárias), somente será adequada aquela que estiver de acordo com o sistema jurídico (teoria tetradimensional).

Tais respostas corretas (adequadas ao sistema) exigem a postura Hércules do juiz (na alegoria de Dworkin), que consiste na fundamentação adequada da decisão ao sistema jurídico íntegro (coerente, coeso):

Portanto, no “método” do juiz Hércules, preconizado por Dworkin, todas as decisões judiciais estão obrigadas a justificar e fundamentar suas posições, com argumentos de princípio, sempre buscados a partir de uma reconstrução institucional do direito. Dworkin apresentou uma teoria pragmática, onde o direito passou a aparecer como uma prática interpretativa preocupada com o resultado da decisão, o que, hodiernamente, obriga a teoria do direito a abandonar as velhas posições discricionárias em favor de uma postura coerente com todos os princípios que compõem a integridade moral de uma comunidade.<sup>541</sup>

Destarte, não há, verdadeiramente, discricionariedade judicial. Porque não há margem de liberdade de escolha, critério de conveniência e oportunidade. A decisão judicial, a interpretação, é balizada pelo sistema jurídico, pelas normas. A interpretação deve ser adequada (e não discricionária). O sistema não autoriza a decisão discricionária, a interpretação que se pautar, apenas, na liberdade de escolha do julgador, dissociada da carga de fundamentação dessa decisão em demonstração de adequação ao sistema, com as demais normas jurídicas, os valores do sistema, e os próprios fatos do caso, com vistas à concretização da justiça – ou seja, de acordo com a teoria tetradimensional do direito.

---

<sup>540</sup> LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. *Revista dos Tribunais*. Vol. 938. Dez 2013. P. 365-389

<sup>541</sup> LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. *Revista dos Tribunais*. Vol. 938. Dez 2013. P. 365-389

#### 4.2.5. O conteúdo jurídico da máxima da proporcionalidade

A máxima da proporcionalidade é o mandamento de otimização do respeito máximo a todo princípio em situação de conflito com outro; é o que Alexy determina para solução da colisão entre princípios em sua máxima medida fática e jurídica possível.<sup>542</sup>

Há grande divergência doutrinária a respeito da nomenclatura: se deve ser compreendida como regra da proporcionalidade (Virgílio Afonso da Silva), como princípio da proporcionalidade (Willis Santiago Guerra Filho) ou como máxima da proporcionalidade. Robert Alexy utiliza o termo “máxima da proporcionalidade”; mas o sistema jurídico brasileiro, sobretudo o próprio Poder Judiciário, amplamente adota a denominação de “princípio da proporcionalidade”. Há apenas que se ter em mente que o princípio (máxima ou regra) da proporcionalidade não entra em colisão com outros princípios, sendo mecanismo voltado justamente para solução desse conflito. Nessa ordem de ideias, a fim de evitar a má compreensão do instituto ou essa confusão que possa ser gerada, acima exposta, talvez o melhor realmente fosse denominar de “máxima da proporcionalidade”, como faz Alexy.

A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que ela às vezes tenham precedência e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras.<sup>543</sup>

Para Alexy, portanto, o método é “máxima da proporcionalidade”, que é composto de três regras (máximas parciais), que compõem o seu conteúdo jurídico, como a seguir será exposto.

A ideia de aplicação equânime e justa da norma jurídica é pacífica aos intérpretes e operadores do direito<sup>544</sup>; contudo, reside divergência na nomenclatura desse ideal – chamar-lhe de proporcionalidade ou razoabilidade.<sup>545</sup> Não raras vezes, fala-se conjuntamente em uma

<sup>542</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

<sup>543</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 117

<sup>544</sup> No século III a.C., Aristóteles (1987, p. 85) já afirmava que “justo é uma espécie de termo proporcional” e que “injusto é o que viola a proporção.”

<sup>545</sup> Para Eros Grau, proporcionalidade é apenas uma nova denominação dada à equidade. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.P. 193)

inter-relação “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”<sup>546</sup>. A verdade é que a questão terminológica é de menor relevo – quando comparada à magnitude e extensão desse princípio.

Em brevíssima análise perfunctória, interessante trazer à baila a distinção feita por Humberto Ávila, para quem o princípio da proporcionalidade reside na análise abstrata da medida enquanto correlação meio-fim dos bens jurídicos; e o princípio da razoabilidade na análise concreta da realização substancial do bem jurídico diante da situação pessoal do sujeito de direito envolvido.<sup>547</sup>

Eros Grau em sua obra acerca da interpretação e aplicação do Direito, tece dura crítica à distinção proposta por Ávila, afirmando que é “impossível apartarmos interpretação e aplicação, ou seja, interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*”.<sup>548</sup>

Para Willis Santiago Guerra Filho também há de se distinguir os princípios, mas através de outro critério: razoabilidade teria função negativa, de modo que, uma vez desrespeitado, se atentaria contra o que as pessoas em geral consideram como adequado; enquanto o princípio da proporcionalidade seria dotado de função positiva, devendo incidir na limitação da ação estatal frente a uma colisão com direitos fundamentais individuais.<sup>549</sup>

Virgílio Afonso da Silva, por seu turno, também propõe lição semelhante: que o conceito de razoabilidade está inserto na noção de proporcionalidade, mais ampla, notadamente na vertente da adequação.<sup>550</sup>

Não ficam isentas de crítica as doutrinas dos renomados autores. Isto porque sua conceituação de princípio da razoabilidade nada mais é senão que a vertente (subprincípio) da adequação do princípio da proporcionalidade, como se verá alhures.

---

<sup>546</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello preleciona que os princípios não se confundem, sendo o princípio da proporcionalidade mera faceta do princípio da razoabilidade. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 114)

<sup>547</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 215, 151-179, jan/mar 1999.

<sup>548</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 194

<sup>549</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5ª edição. São Paulo: RCS, 2007. P. 86-87

<sup>550</sup> SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.

Em que pese a distinção de parte da doutrina e ainda que resguardem origens diversas (a terminologia “proporcionalidade” é oriunda da doutrina alemã, enquanto “razoabilidade” da inglesa<sup>551</sup> e americana<sup>552</sup>), há forte corrente doutrinária, aqui pactuada, nas linhas fiéis do magistério de Souza de Oliveira<sup>553</sup>, bem como de José Roberto Pimenta Oliveira<sup>554</sup>, Inocêncio Coelho<sup>555</sup> e Maurício Godinho Delgado<sup>556</sup> e Luis Roberto Barroso<sup>557</sup>, para quem há de se falar em uma fungibilidade ou convergência entre esses princípios.

Assim, tendo sido feita essa ressalva preliminar, meramente por critérios de oportunidade e conveniência, a fim didático, adotar-se-á a terminologia de “princípio da proporcionalidade”.

O princípio da proporcionalidade tem natureza implícita e constitucional.<sup>558</sup> É um axioma derivado de diversas normas da Carta Magna, desempenhando uma função de elo, encadeamento entre as normas, seja em uma análise interpretativa, mas também bem como em seu momento subsuntivo e de efetiva aplicação concreta<sup>559</sup>. Pode ser percebido em

---

<sup>551</sup> Grande parte da doutrina encontra a origem do princípio da razoabilidade na Carta Magna inglesa de 1215, documento pelo qual a burguesia da Inglaterra assegurou alguns direitos feudais em face do Rei João Sem Terra.

<sup>552</sup> A ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo [consolidado posteriormente no *Bill of Rights* após a guerra civil americana no século XIX]. [...]. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis (BARROSO., Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 374).

<sup>553</sup> SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 321

<sup>554</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 192

<sup>555</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010 P. 181

<sup>556</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho: diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G.N. (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, volume 1, p. 571-608.

<sup>557</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 304

<sup>558</sup> Rizzato Nunes vai além e também denomina de “imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais”, coligado intimamente à noção de Estado Democrático de Direito. (NUNES, Luiz Antonio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 41)

<sup>559</sup> Para Luis Roberto Barroso: “O princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios e regras.”. (BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e*

diversos trechos da Constituição Federal de 1988, quer seja no âmbito dos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º, incisos V, X e XXV), direitos sociais (artigo 7º, incisos IV, V e XXI), no patamar da administração pública (artigo 37, inciso IX) e por detrás de tantos outros artigos constitucionais.

Destarte, não se pode falar que o princípio constitucional não está positivado – o que se pode dizer é que não está expresso<sup>560</sup>. Se faz mister uma distinção entre direito expresso e direito positivo. Direito expresso, ao rigor do termo expresso, é aquele que está escrito, dito no texto legal, claramente manifesto no ordenamento jurídico. Enquanto direito positivo é “o garantido por sanções [...] direito vigente, histórico, efetivamente observado, passível de ser imposto coercitivamente, encontrado em leis, códigos [...]”<sup>561</sup>

Encontra-se positivado, pois, conforme unanimidade doutrinária, o princípio da proporcionalidade resguarda como *sedes materiae* o princípio do devido processo legal.

Com efeito, confira-se a lição de Fredie Didier Jr:

As decisões jurídicas não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>562</sup>

Ora, ninguém em sã consciência haverá de defender que o princípio do devido processo legal não está positivado e expresso no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 5º, incisos LIV<sup>563</sup> e LV<sup>564</sup>.

Superadas as preliminares, de terminologia e classificação, analisemos o mérito.

A origem do princípio remota à corrente iluminista do século XVIII, no âmbito do direito administrativo<sup>565</sup>, como eficaz instrumento de controle do cidadão ante a

*Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 326)

<sup>560</sup> No âmbito constitucional, e ainda com certo rigor excessivo: porquanto há previsão expressa da proporcionalidade no tangente ao direito à resposta do ilícito (artigo 5º, V). No infraconstitucional, por seu turno, apresenta-se expresso como princípio da Administração Pública Federal, no artigo 2º da Lei 9.784/99.

<sup>561</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 44ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 53

<sup>562</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª edição. Salvador: JusPodivm, 2008. P. 33-34

<sup>563</sup> Dispõe o inciso: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

<sup>564</sup> Dispõe o inciso: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

discricionariedade puramente arbitrária do poder do Estado; mas também como virtude a ser observada pelo empoderado representante estatal. Transpassou para o direito constitucional em meados do século XX, através das interpretações do Tribunal Constitucional Alemão. No Brasil, com o advento do Estado Democrático de Direito pelos bons ventos da Constituição Cidadã de 1988, o princípio emaranhou-se de maneira indissociável ao ordenamento jurídico pós-positivista vigente, sendo, nas palavras de Paulo Bonavides, “a essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este regime consagra e que faz inviolável a unidade da Constituição.”<sup>566</sup>.

As doutrinas constitucionais, nacional e alienígena, são uníssonas ao inserir o princípio da proporcionalidade no rol dos direitos fundamentais, possuindo natureza de princípio geral do direito. Em verdade, grande parcela dos autores outorga-lhe *status* de máxima constitucional, verdadeiro princípio dos princípios isto é, sobreprincípio norteador do Estado Democrático de Direito<sup>567</sup>, como se aprofundará alhures.

Em sua obra, Paulo Bonavides, assim sintetiza sua exegese: “Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.”<sup>568</sup>

Na Alemanha, discorrendo – e defendendo - sobre esse papel de conciliação entre letra normativa e realidade social, Georg Röss denomina o princípio de “fórmula vazia”, possibilitando que o princípio traga a “justiça do caso concreto”, rompendo com a rigidez de uma concepção puramente positivista.<sup>569</sup>

O princípio da proporcionalidade talvez seja o mais indeterminado dos conceitos jurídicos indeterminados; característica que lhe rende contundentes críticas. Isso porque fica à

<sup>565</sup> Nos alerta Godinho Delgado que o princípio da razoabilidade tem sua origem no Direito Civil; em que pese ambos os princípios serem, hoje, universais no Direito e também convergentes. DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho: diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G.N. (Org.). Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, volume 1, p. 571-608.

<sup>566</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 398

<sup>567</sup> Para Eros Grau: “Uma e outra, proporcionalidade e razoabilidade, não são princípios, porém pautas de aplicação do direito.” – a distinção é terminológica; e não funcional. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.P. 298)

<sup>568</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 399

<sup>569</sup> RESS, George. *Der Grundsatz des Verhältnismässigkeit in europäischen Rechts-Ordnungen*. Heidelberg: [s.n], 1985. P. 394

margem da compreensão do julgador entender, em última análise, o que é ou não proporcional à luz do caso concreto.<sup>570</sup>

A própria doutrina alemã faz duras críticas ao posicionamento de Ress, afirmando, em suma, que os princípios abertos inserem o juiz-intérprete em posição hierárquica superior ao legislador. À guisa de exemplo temos Hans Huber, que preleciona que princípios de fórmula vazia “favorecem os deslocamentos secretos de poder na organização do Estado”, rompendo a garantia de tripartição dos poderes, inata ao desenvolvimento de um Estado democrático.<sup>571</sup> A doutrina brasileira, em Humberto Ávila<sup>572</sup> e Eros Grau<sup>573</sup> também pactua dessa crítica proposta por Huber. Até mesmo Paulo Hamilton Siqueira Junior ao sustentar que “conceito jurídico indeterminado leva à discricionariedade”<sup>574</sup>.

A abertura para os princípios também tem significado o que Lenio Streck chama de “panprincipiologismo”, isto é, decisões com base em princípios sem qualquer lastro normativo, é dizer, na falta de regra aplicável ao caso (ou de um conflito sério entre princípios), infere-se um novo princípio a partir de critérios os mais variados: critérios lógicos, pragmáticos, moralistas, entre outras razões.

A crítica a esse tipo compreensão das normas está na perda/ausência de parâmetros de controle: uma vez que um órgão judicial deixa de se submeter à Constituição e passa a sacar “princípios” a partir de outras fontes, torna-se *legibus solutus* (o dono da lei por estar acima dela, inclusive da Constituição)<sup>575</sup>

Contraponto de relevo é feito por José Roberto Pimenta Oliveira, cuja colação de suas lições se torna imprescindível:

O fato de constituir um conceito jurídico indeterminado, não limita o uso da razoabilidade como elemento balizador da discricção, ao contrário, revela-se uma garantia adicional aos administrados pela possibilidade de atualização do seu significado no processo de positivação, o que lhe assegura operacionalidade, em vista da sua “densidade de significação jurídica positiva”.<sup>576</sup>

<sup>570</sup> Essa foi uma das novidades trazidas pelos bons ventos do neoconstitucionalismo: a preferência da justiça particular do caso concreto à justiça geral abstrata, prevista na norma; parte da doutrina aduz que isso acarretaria um ativismo judicial, isto é, a outorga ao poder judiciário de ator criador do direito – função típica do legislativo.

<sup>571</sup> HUBER, Hans. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. Basel: [s.n], 1977. P. 20

<sup>572</sup> ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 215, 151-179, jan/mar 1999.

<sup>573</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. P 189

<sup>574</sup> SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Neoconstitucionalismo*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012. P. 161-185

<sup>575</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 51

<sup>576</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Discricionariedade e Razoabilidade*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo, volume 1, 2008. P. 48

Nessa mesma esteira se encontra a doutrina de Antonio Ernani Pedroso Calhao, *in verbis*:

A indeterminação, como forma de expressão na feitura dos preceitos, é uma técnica de redação empregada aos termos de natureza principiológica, com a finalidade de garantir ao texto constitucional – no caso em estudo – uma permanente atualidade, aspecto impossível se as normas da Lei Fundamental fossem redigidas sobre a forma de regras com pretensão de completude. Essa é uma prática necessária em face da impossibilidade de previsão casuística das inúmeras situações passíveis de identificação, para as quais se empregam as regras como mandado de definição. No campo dos princípios, o sentido é de otimização e, por isso, comportam uma visão ampliativa das possibilidades neles contidas, a que o intento regrado irá verificar. De se atentar que, no processo de aclaramento do texto normativo, o necessário é precisar o seu conteúdo mediante o emprego dos cânones da hermenêutica, prenhe de valores reconhecidos pela comunidade jurídica para realização da justiça, do qual se preocupou a metódica constitucional [...].<sup>577</sup>

Frise-se que o conceito aberto permite um melhor amoldamento da aplicação normativa à situação fática. Não se trata de preponderância do judiciário em face do legislativo – pois a aplicação da lei não é isenta de balizamentos, sensivelmente, exige-se uma hermenêutica sistemática-integrativa constitucional, não estando a aplicação da lei ao bel-prazer do julgador, que não pode aplicar em desconformidade aos mandamentos da Carta Magna – mas sim da possibilidade de atualização do conceito jurídico. Ora, um conceito fechado e pré-determinado acarretaria um engessamento, sem possibilidade de ponderação entre os valores de um novo tempo, diferente daquele no qual a norma foi pensada e produzida.<sup>578</sup>

A hermenêutica precisa levar em conta os valores supervenientes à produção normativa – eventualmente, até uma completa inversão<sup>579</sup>: é a superação do fetichismo legal (hermenêutica gramatical literal) para aquilo que pode ser denominada de hermenêutica

---

<sup>577</sup> CALHAO, Antonio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTR, 2010. P. 200-201

<sup>578</sup> Miguel Reale sobre o tema: “Cumpra ponderar que, à luz dessa *compreensão globalizante ou estrutural*, procura o jurista atender as *mutações e imprevistos da vida social*, utilizando-se da *elasticidade*, inerente a todo modelo jurídico, para a sua adequada *atualização*, mas, ao mesmo tempo, não abandona os valores essenciais de *segurança* e de *certeza*, postos em risco pela Escola de Direito Livre”. (REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. P. 79, grifos no original)

<sup>579</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho analisa com cautela essa possibilidade, nos alertando que, sobretudo no âmbito constitucional, “a mudança informal pode ir tão longe que configura, segundo aponta a doutrina, uma mutação constitucional. Ou seja, o novo sentido está tão longe do original considerado em bloco que pode ser tido como exprimindo uma nova Constituição. A tese da mutação é antes de tudo uma hipótese teórica, quando não é usada para justificar o descumprimento de normas explícitas da Constituição”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 50)

principiológica (constitucional e atualizada de acordo com os valores da sociedade em que está inserida).<sup>580</sup>

Ciente do perigo desse risco de abuso dos julgamentos principiológicos, o novo Código de Processo Civil impõe ao juiz observar, nos julgamentos, a legalidade, a proporcionalidade e razoabilidade (art. 8.º). E, mais explicitamente, determina, como já explicitado anteriormente, que “no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão” (art. 486, § 2.º)<sup>581</sup>

Paulo Lôbo traz importantes considerações acerca da atualização de conceitos jurídicos, ao analisá-la sobre a ótica do direito civil, mas que, sem prejuízos, podemos estender ao direito como um todo:

A dogmática jurídica que se encerra em si mesma reduz-se a dogmatismo e se aprisiona na aparente segurança do direito positivo. Deve estar atenta à ressignificação dos institutos jurídicos fundamentais (teorias gerais, conceitos e categorias consagradas de direito civil), para a sociedade em mudança. Deve-se ampliar a interdisciplinaridade ou a interlocução com o campo da zetética jurídica, enriquecendo-se a compreensão do direito civil, principalmente como foi (história), como é (sociologia), como deve ser (filosofia).<sup>582</sup>

Sem embargos, percebe-se que o princípio da proporcionalidade possui uma função de adequar a norma jurídica à realidade social, limitando seus efeitos através de uma atualização de significado do instituto de incidência. Não o fazendo, afastar-se-ia a letra da lei da realidade social, cominando o direito à obsolescência, isto é, a alienação do disposto normativo à sociedade em que está inserido<sup>583</sup>. Essa é a verdadeira função da hermenêutica, cujo princípio da proporcionalidade também se mostra como guia mormente.

---

<sup>580</sup> Arnoldo Wald está na mesma sorte, ao defender que: “Dentro dessa mesma orientação, aplicam-se, *a grosso modo*, à interpretação dos contratos as mesmas normas e princípios que foram consagrados, no tempo, em relação à hermenêutica legal, ultrapassando a fase da simples exegese e da interpretação literal, tanto da lei, como do contrato, para examinar a *ratio*, ou seja, a razão de ser do diploma legal ou da cláusula contratual, apreciando-os dentro do seu contexto e atendendo às suas finalidades.” (WALD, Arnoldo. *Os métodos modernos de interpretação*. Revista de Direito Civil – RDCIV. São Paulo, jan/mar, 1985, grifo no original)

<sup>581</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 53

<sup>582</sup> LÔBO, Paulo. Interpretação e protagonismo da doutrina juscivilista no Brasil - Escorço. Revista Fórum de Direito Civil - RFDC. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 347-351.set/dez 2015. P. 348

<sup>583</sup> No patamar constitucional, é o alerta de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “do descompasso entre texto e essa realidade – do abismo que existe não raro entre o posto pela Constituição e o possível em face dos fatores mencionados – decorre muitas vezes a inefetividade das Constituições” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 44)

Bonavides assevera a importância desse princípio ao dizer que

A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades, cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. Quem atropela um princípio constitucional de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica.<sup>584</sup>

No mesmo sentido é que segue a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, prelecionando que a violação do princípio “representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”<sup>585</sup>

Denota-se que o princípio da proporcionalidade atende a uma dúplice função: limitação do arbítrio estatal e efetivação de direitos e garantias constitucionais<sup>586</sup> - utilizando-se, para isso, de sua capacidade atualizadora dos conceitos jurídicos. De qualquer sorte, sua nota característica reside na harmonização normativa de todo ordenamento jurídico. Isto é, na dos objetivos pretendidos pela norma, através de uma interpretação coerente, coesa e unitária com o restante do ordenamento jurídico, sobretudo enquanto partícipe de uma conformidade constitucional.

Utilizado habitualmente para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos, o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, consubstancia, em essência, uma *pauta de natureza axiológica* que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.<sup>587</sup>

A moderna doutrina constitucional tem desmembrado esse princípio-norte do ordenamento jurídico em três vertentes, seguindo os ensinamentos da doutrina publicista alemã, isto é, em verdadeiros subprincípios, quais sejam: adequação dos meios, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

<sup>584</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 435

<sup>585</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 300

<sup>586</sup> Chaim Perelman ao discorrer acerca desse princípios, aduz, com toda propriedade, que “todo poder legalmente instituído é conferido em vista de certa finalidade: o detentor deste direito tem um poder de apreciação quanto à maneira que o exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de forma irrazoável, pois o irrazoável não é direito” (PERELMAN, Chaim. *Le Raisonnable ET Le Déraisonnable en Droit*. Paris: LGDJ, 1984. P. 19)

<sup>587</sup> CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2008. P. 221

Subprincípios esses que devem ser analisados na ordem pré-definida e subsidiária: primeiramente adequação, seguida de, se o caso, análise da necessidade e, por fim, da proporcionalidade em sentido estrito, conforme bem nos lembra Virgílio Afonso da Silva<sup>588</sup>

A respeito da adequação, faz-se imprescindível a colação da lição de Canotilho que conceitua como sendo

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as vantagens dos meios em relação às vantagens dos fins.<sup>589</sup>

A análise dessa vertente ocorre abstratamente: é feita uma apreciação de previsibilidade dos efeitos sociais que determinada decisão, executiva, legislativa ou judiciária, acarretará; em segundo momento, realiza-se um sopesamento, um verdadeiro balancear entre os efeitos previstos e a maneira que estão sendo acarretados.

Antonio Martins ao analisar a corrente alemã formadora do princípio, revela que o estudo da adequação exige a observância de uma relação tríplice: o balancear entre adequação e não adequação, tendo por ótica a luz de um terceiro critério referencial. E esse parâmetro de referência está previamente definido no ordenamento, através de uma investigação da *mens legis* do instituto jurídico que possui aplicabilidade na concreta situação de fato.<sup>590</sup>

A vertente da necessidade é inata ao conceito de proporcionalidade enquanto princípio. A necessidade “preconiza que a medida não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado que almeja.”<sup>591</sup> . Nas palavras de Gomes Canotilho, por seu turno,

<sup>588</sup> SILVA, Luis Virgilio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.

<sup>589</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998. P. 270

<sup>590</sup> É o que acontece na relação entre pena e comportamento punível: resulta da estrutura da instituição social "pena" que seja aferido, na prova da proporcionalidade, se a promulgação de uma lei penal corresponde - de uma forma a ser mais detalhadamente determinada - à gravidade do fato a ser criminalizado (e não, por exemplo, à periculosidade de um determinado grupo de autores). Não pode existir, assim, um tipo penal para manifestantes ou torcedores de futebol "prontos para violência". A pena é, independentemente de por qual teoria se opte, conceitual e institucionalmente, uma lesão de interesses imposta a uma pessoa como reação a um comportamento desaprovado. (MARTINS, Antonio; NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 71, p. 205-232, mar/abr 2008)

<sup>591</sup> SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 321

esse ideal é sintetizado como “menor ingerência”, afirmando que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível.”<sup>592</sup>.

O exame da necessidade da medida é método comparativo: busca-se, entre as medidas possíveis, para perfeição do efeito almejado, aquela de menor dano ao destinatário, isto é, o meio mais brando de se atingir o fim pretendido. E é, sobretudo nessa vertente, que se mostra a relevância do princípio em comento tratar-se de uma norma geral moldável, ou, em melhor terminologia, conceito jurídico indeterminado. Isto porque, para a análise comparativa da necessidade, torna-se imprescindível o sopesamento das concretas possibilidades fáticas – uma previsibilidade dos efeitos, com conseqüente modulação, isto é, redução de suas conseqüências indesejadas ou supérfluas.<sup>593</sup>

Acerca da proporcionalidade em sentido estrito, Aury Lopes Jr bem sintetiza como sendo “o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação.”<sup>594</sup>. De outra sorte não é a lição do respeitável ministro Barroso para quem “é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.”<sup>595</sup>.

Trata-se, ademais, como parte da doutrina denomina, de efetiva e estrita proibição de excesso, consubstanciando a busca de uma justa medida, ou seja, aquela imagem ideológica do balancear da justiça. Conforme nos ensina Luis Virgílio Afonso da Silva, “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”<sup>596</sup>.

Destas lições se extrai que o princípio da proporcionalidade impõe, concomitantemente<sup>597</sup> - para nós - a adequação da medida ao fim almejado, sua verdadeira

---

<sup>592</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1995. P. 383

<sup>593</sup> Caso de destaque midiático ocorreu em dezembro de 2015, quando a 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo bloqueou o aplicativo de mensagens *Whatsapp* em todo território nacional por ter desobedecido uma ordem judicial, deixando de utilizar-se de outros meios menos gravosos de coação judicial, como aplicação e majoração de astreintes. A decisão não durou 12 horas: foi reformada liminarmente pelo Desembargador Xavier de Sousa, da 11ª Câmara Criminal do TJSP, fazendo menção expressa ao princípio da proporcionalidade.

<sup>594</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 605

<sup>595</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 235

<sup>596</sup> SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.

<sup>597</sup> Assim como a melhor doutrina, à exemplo de Inocêncio Coelho (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010 P. 180). Embora algumas doutrinas, como Virgílio Afonso da Silva, diverjam, afirmando haver

necessidade, isto é, a inexistência de outros meios menos gravosos à mesma persecução do objetivo, e, obviamente, um sopesar do ônus e do bônus que a medida acarretará. Insta frisar, conforme já apontado, que a incidência do princípio é anterior e abstrata à aplicação da medida, dotado, destarte, de previsibilidade.

Rodolfo Luis Vigo nos alerta para a possibilidade jurídica do princípio da proporcionalidade obstar a aplicação de uma regra infraconstitucional, sopesando as consequências práticas (efeitos normativos) que gerará.<sup>598</sup>

O princípio insere-se como método valorativo das condutas humanas e da aplicação da lei, conjugando suas três vertentes, a fim de obter um equilíbrio mínimo no mundo concreto, em persecução aos valores constitucionais.<sup>599</sup>

Tamanha é a magnitude do princípio da proporcionalidade que alguns autores, como Helenilson Cunha Pontes, dele se utilizam como verdadeiro critério de solução ante a existência de uma colisão de princípios (método da ponderação).

O princípio da proporcionalidade constitui instrumento para se estabelecer os limites de cada bem jurídico constitucionalmente tutelado diante do caso concreto. O princípio da proporcionalidade permite a ponderação e a harmonização dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, diante das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada problema jurídico prático a ser regulado.<sup>600</sup>

Robert Alexy preconiza que não se trata de princípio, mas sim de uma máxima: não há de se falar em sua mitigação ante uma colisão principiológica, devendo sempre estar presente, pois “sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade”<sup>601</sup>.

Nessa esteira também é a lição de Afonso da Silva, quem nos ensina que o princípio da proporcionalidade decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais: dúplice

uma ordem de análise: primeiramente haveria uma observância da adequação, para somente então passar à subsidiariedade da necessidade e, por último, à proporcionalidade em sentido estrito. (SILVA, Luis Virgilio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.)

<sup>598</sup> VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 54

<sup>599</sup> É a lição de Gilmar Mendes, confira-se: “O reconhecimento da competência do Poder Judiciário para ‘apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público’ demonstra a necessidade de, muitas vezes, proceder-se, no controle de normas, ao confronto da ‘lei consigo mesma’, tendo em vista os fins constitucionalmente perseguidos. [...] Trata-se, à evidência, de aplicação da proporcionalidade e da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo, nov, 1994.)

<sup>600</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. P. 59-60

<sup>601</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 117

função, conforme já expusemos (negativa para o poder público; e liberdades positivas para os cidadãos individuais).<sup>602</sup>

Em que pese as grandes lições que buscaram distinguir princípios e regras pela análise do “tudo ou nada”, que o princípio da proporcionalidade não pode estar sujeito à mitigação. Em verdade, e conforme já expunha Alexy, trata-se de exceção à teoria dos princípios nesse tangente. Isto porque não se pode sustentar que determinado ato é *parcialmente* proporcional. Por tal razão, inclusive, como se expôs anteriormente, Alexy não classifica como princípio, mas como *máxima* da proporcionalidade.

O que deve ser ressaltado, todavia, é que se adotada a teoria da análise subsidiária, conforme sustentada por Virgílio Afonso da Silva, deve-se ter cautela para que isso não implique na conclusão de uma possibilidade de parcial cumprimento do mandamento do princípio da proporcionalidade, podendo ser um terço (se pelo menos, adequado) ou dois terços (se adequado e necessário, mas não proporcional) proporcional ou razoável, daí talvez criando a falsa ilusão que é possível atender-se parcialmente a esse princípio em questão.<sup>603</sup>

E porque não aceita ser mitigado, não se vislumbra relevância em estabelecer uma ordem de análise, vez que as três vertentes devem estar presentes para ocorrência plena da proporcionalidade.

Nessa vertente, a colisão entre princípios que resguarde, de um lado, o princípio da proporcionalidade, deve ter sempre tê-lo como preponderante, sob pena de, não o fazendo, incidir em ilegalidade, notadamente na modalidade ilegalidade constitucional (em melhor terminologia: inconstitucionalidade).

O princípio resguarda íntima correlação com todas as normas constitucionais e infraconstitucionais, por força da interpretação sistemática-integrativa (conforme à Constituição). Nessa esteira, uma regra jurídica abstrata, ou, que em sua aplicação concreta

---

<sup>602</sup> SILVA, Luis Virgilio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.

<sup>603</sup> SILVA, Luis Virgilio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.

(momento subsuntivo, pela decisão judicial), atente contra o princípio da proporcionalidade, é manifestamente inconstitucional.<sup>604</sup>

E a inobservância de um direito positivado enseja uma sanção. No caso em apreço, a sanção se dará mediante reforma da regra ou decisão, queira por declaração de sua inconstitucionalidade, queira pela anulação da decisão judicial – mesmo após a formação da coisa julgada, via ação rescisória.

---

<sup>604</sup> “A violação do conteúdo normativo do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade caracteriza a *inconstitucionalidade material* dos atos jurídicos estatais, podendo se dar em relação a *atos legislativos*, quando existirá o abuso do poder de legislar, a *atos políticos*, a *atos administrativos*, decorrentes da aplicação *in concreto* de atos normativos (gerais e abstratos) e até mesmo em relação a *atos judiciais*.” GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, volume 82, jan-mar 2013., p. 275-312)

## 5. EFETIVAÇÃO DE DIREITOS VIA AÇÃO RESCISÓRIA

### 5.1 EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Como se apontou no capítulo próprio dessa dissertação, a efetividade do processo e do sistema jurídico é preocupação enfocada pelos operadores e estudiosos do sistema. A própria Constituição Federal de 1988 traz previsão preocupada com a efetividade (artigo 5º, inciso XXXV, que cuida do controle jurisdicional da efetividade das normas) e à própria efetividade processual e morosidade do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, ao tratar da razoável duração do processo).

A preocupação entre efetividade e morosidade processual não é, de forma alguma, novidade do século XXI, e muito menos preocupação exclusiva brasileira. Há décadas, por exemplo, José Rogério Cruz e Tucci já prelecionava:

É inegável, por outro lado, que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória. De tal sorte, um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. Em suma, o resultado de um processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar.<sup>605</sup>

Nesse mesmo sentido, ao tratar das ondas de acesso à justiça, Mauro Cappelletti também defende que o acesso à justiça deve ser de forma efetiva, célere e adequada. E que tais conceitos estão intimamente ligados à tempestividade da tutela jurisdicional: justiça acessível é justiça tempestiva.<sup>606</sup>

Ponto de partida para compreensão da dinâmica entre celeridade e morosidade do processo é entender que o processo jamais será suficientemente rápido para satisfazer plenamente as expectativas do jurisdicionado, como demonstra Augusto Marcacini em sua tese na Universidade de São Paulo:

<sup>605</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 65

<sup>606</sup> CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant.. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002. P. 20-21

E, de fato, como já salientei anteriormente, o processo jamais será suficientemente rápido a ponto de atender as expectativas do consumidor da Justiça, pelo simples fato de que jamais se conseguirá fazer com que os direitos sejam atendidos no momento em que deveriam ser; este momento antecede ao próprio processo, e já a necessidade de se valer do processo judicial para fazer valer um direito é, em si, desvantajosa em relação àquele cumprimento espontâneo que seria de esperar. [...] Algum tempo, então, o processo irá necessariamente demorar, e o que se mostra possível é tão-somente fazer deste tempo um lapso razoável.<sup>607</sup>

Nessa ordem de ideias, de que o processo necessariamente irá demorar algum tempo, surge a indagação de qual deveria ser esse tempo, qual deveria ser a duração do processo. Ou, em outros termos, qual é a razoável duração do processo.

A razoabilidade na duração do processo, todavia, em razão do emprego do conceito jurídico indeterminado no instituto, não é uníssona. O caso concreto e suas peculiaridades deve ser considerado na análise dessa razoabilidade do prazo de duração do processo. O razoável ligado à duração do processo pode ser apontado como:

Por definição, podemos atribuir os seguintes significados ao vocábulo “razoável”: o que está em conformidade com a razão; aceitável pela lógica; que demonstra bom senso; sem excesso; moderado ou comedido; que está entre o excelente e o péssimo; suficiente. Seguindo esse raciocínio, podemos conceituar a duração razoável do processo como um lapso temporal moderado, suficiente para que a tutela jurisdicional seja prestada, de forma eficiente e definitiva. É certo que não há como estabelecer um prazo fixo para que um processo tenha seu termo final, uma vez que cada demanda tem seu desenrolar próprio, a depender de vários fatores que podem retardar ou antecipar seu desfecho. Por outro lado, não há como considerar razoável a demora, muitas vezes, de mais de uma década para a solução de um litígio.<sup>608</sup>

Evidentemente que a razoabilidade de duração do processo depende da análise de cada processo e sua complexidade, os sujeitos envolvidos, a instrução probatória, a matéria debatida, enfim, uma série de fatores concretos daquela demanda. A análise da razoável duração do processo deve ser feita caso a caso (ou mediante agrupamento de casos semelhantes, com mesmas características).

Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já estabeleceu que a razoável duração do processo deve ser analisada mediante três critérios: (i) complexidade do litígio; (ii) conduta pessoal das partes; (iii) conduta da autoridade envolvida no processo.<sup>609</sup>

<sup>607</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013. P. 47

<sup>608</sup> PEREIRA, Luciane Torres; DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. A duração razoável do processo como garantia de acesso à Justiça sob a ótica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Cadernos Estratégicos*. Seção 1 – Acesso à Justiça e Garantias Judiciais. Rio de Janeiro, 2018. P. 86-111

<sup>609</sup> KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2013. P. 91

No mesmo sentido, e, incluindo, apenas, um último critério objetivo, Nelson Nery Júnior aponta os seguintes critérios para análise concreta da duração razoável do processo, registrando, ainda, não ser possível a apuração apriorística do prazo desvinculada da análise concreta do processo: (i) natureza do processo e complexidade da causa; (ii) comportamento das partes e de seus procuradores; (iii) atividade e comportamento das autoridades judiciárias e administrativas; e (iv) fixação legal de prazos para prática de atos processuais que assegurem efetivo contraditório e ampla defesa.<sup>610</sup>

Em síntese, a razoável duração do processo é apontada, como faz João Batista Lopes, como “o tempo necessário e suficiente para que o processo cumpra seus fins; nem mais, nem menos”<sup>611</sup>, apontando, ainda, e na esteira do que expõe Augusto Marcacini, que os fins do processo dependem da análise da posição de cada um. Aqui, corrobora-se da visão metodológica de Dinamarco, com foco nos fins sociais do processo, como instrumento de pacificação do litígio.

É justamente na concepção instrumental do processo, enquanto efetivador do direito substancial, que se mede a sua efetividade:

Pela via da instrumentalidade, o processo ajusta-se à realidade socio-jurídica através de um instrumentalismo substancial fundado numa ética social. E faz isso ampliando seus escopos (que agora são jurídicos, políticos e sociais) e busca sua efetividade (onde se ressalta o acesso ao Judiciário e à justiça das decisões).<sup>612</sup>

A instrumentalidade do processo, compreendido como meio para se atingir determinados resultados (escopo) é visto como princípio informativo, vez que, como ensinava Ada Pellegrini Grinover, “todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos a que se destina”<sup>613</sup>.

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, “somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa”.<sup>614</sup>

---

<sup>610</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª edição. Revista dos Tribunais, 2016. P. 362

<sup>611</sup> LOPES, João Batista. Antigas Novidades no Novo CPC. *Revista de Processo*. Vol. 287, Jan 2019. P. 487-505

<sup>612</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P.53

<sup>613</sup> APUD PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P.49

<sup>614</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 81

E a efetividade do processo e da jurisdição, compreendendo efetividade como conceito vago por si só, como fazem Mauro Cappelletti e Bryan Garth<sup>615</sup>, é a entrega de resultados de um sistema (ou do processo), a depender da opção metodológica de seus objetivos. Em outras palavras: para análise da efetividade do processo, é mister fixar qual o parâmetro de resultados que serve de régua (o escopo pretendido). A partir da análise do resultado (se ocorreu ou não, e de que forma ocorreu, com que gasto de recursos e de tempo) é que se poderá concluir pela efetividade ou não.

Mas não há uma corrente uníssona a respeito dos objetivos a serem perseguidos pelo sistema e pelo processo. Como expõe João Batista Lopes:

Para uns, será efetivo o processo que garantir a segurança jurídica; outros identificarão a efetividade com a realização da justiça; terceiros entenderão que o mais importante será alcançar a equidade; também haverá quem identifique a efetividade com a possibilidade de exercitar amplamente o direito de defesa e quem considere o caráter pedagógico como o aspecto principal do processo.<sup>616</sup>

Essa razoável duração do processo no sistema jurídico brasileiro deriva da promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, por meio do Decreto nº 678 de 1992, que incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos (assinada em 1969). Essa Convenção traz o direito a um processo de duração razoável no seu artigo 8º, §1º:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Na Constituição Federal de 1988, houve inclusão expressa de tal princípio por meio da Emenda Constitucional número 45 de 2004, que consignou tal direito como direito fundamental, conforme artigo 5º, inciso LXXVIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

---

<sup>615</sup> CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant.. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002. P. 15

<sup>616</sup> LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça. *Revista de Processo*. Vol. 295, Set 2019. P. 19-37

A compreensão que se deve ter da razoável duração do processo, atento ao contexto fático particular de cada caso, é, em síntese, como expõe Arruda Alvim:

Na realidade, não existe um princípio que ordene a celeridade processual. O processo não precisa correr, sob risco de serem esquecidas ou abandonadas as garantias do devido processo legal. A necessidade é a de que o procedimento dure apenas, e tão somente, o tempo necessário. A duração razoável comporta, isto é, um processo sem dilatações indevidas. Esta é a meta de uma situação ideal.<sup>617</sup>

A razoável duração do processo está ligada ao acesso à Justiça, como se viu; principalmente na lição exposta de Cappelletti.

A razoável duração do processo deve ser compreendida como a duração razoável à prestação jurisdicional efetiva, no tempo que for estritamente necessário para que o processo alcance a entrega de uma tutela jurisdicional efetiva, sem prolongamento desnecessário, mas, também, em respeito às garantias processuais e direitos dos envolvidos.

Como já se demonstrou nessa monografia, a efetividade do processo deve equilibrar os ideais de justiça, acesso, estabilidade e celeridade.<sup>618</sup>

Ao discorrer a respeito da efetividade no específico campo do processo civil, especialmente fundamentado no valor da isonomia, Augusto Marcacini desenvolve o conceito de “justiça processual”: “a justiça processual exige um processo que, sem formalismos desnecessários, fique isento de variáveis puramente aleatórias, a influir no julgamento final.”. Para o autor, a justiça processual está intimamente ligada à concepção instrumentalista do processo, com ódio à instrumentalidade das formas e aversão ao formalismo exagerado.<sup>619</sup>

Para o autor, a isonomia importa que o sistema processual dê as mesmas oportunidades aos diversos tipos de litigantes, com equilíbrio entre tutelas jurisdicionais e procedimentos. O processo não deve ser uma ‘corrida de obstáculos’ de modo que a atuação

---

<sup>617</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 243

<sup>618</sup> É o que defende Augusto Marcacini, para quem: “O processo deve caminhar ao mesmo tempo para a realização destes quatro valores, que se entrecrocaram. Não podendo privilegiar um, em detrimento dos outros, a lei processual deve encontrar o ponto de equilíbrio socialmente desejável” (MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013. P. 62)

<sup>619</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013. P. 58

em Juízo se resume à arte de superação dos entraves; o sucesso ou insucesso da demanda não podem ser condicionados à superação de formalismos e exigências legais desproporcionais.<sup>620</sup>

José Roberto dos Santos Bedaque aponta que a efetividade do processo deriva de uma correção entre segurança, celeridade e adequada realização do direito material:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade.<sup>621</sup>

E o autor já ressalva que a celeridade não basta, por si só, para entrega de um processo efetivo. A efetividade do processo (e do sistema, da tutela jurisdicional) não se exaure no cumprimento, até formal, da celeridade da entrega do resultado. Não basta que o resultado seja entregue rapidamente, é necessário que ele seja correto, adequado, realize o direito.

Comoglio aponta fatores para efetividade mínima do processo (*effettività mínima*):

a) igualdade das partes, não apenas formal, mas também substancial; b) a garantia de defesa técnica por profissional qualificado; c) a possibilidade de as partes se valerem de alegações e provas idôneas à formação da convicção do juiz; d) o direito a adequada ciência dos atos processuais de maior relevo.<sup>622</sup>

Verifica-se que o valor da igualdade, umbilicalmente ligado à noção da própria Justiça, é apontado pelos estudiosos como um valor a ser perseguido pelo sistema em prol de atendimento a sua efetividade. A efetividade do sistema, e do processo, depende do cumprimento, dentre outros valores, da isonomia ao jurisdicionados.

Destarte, não basta que seja entregue um resultado (tutela) rápido: é necessário que ele seja adequado, correto, em conformidade com o sistema jurídico e os fins esperados.

É como ensinam Maria Elizabeth de Castro Lopes e João Batista Lopes:

Naturalmente, quando se fala em efetividade, é inafastável a consideração de um de seus aspectos, a celeridade. Mas celeridade não se identifica com efetividade. Como é curial, não se pode, em homenagem à celeridade, sacrificar garantias constitucionais. Se é certo que a Constituição expressamente se refere aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988

<sup>620</sup> MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013. P. 58-60

<sup>621</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 49

<sup>622</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: IL Mulino, 1995.

(LGL\1988\3)) não menos exato que esse dispositivo não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em harmonia com o conjunto, ou seja, no sistema a que pertence, que contempla, entre outras, as garantias do contraditório e da ampla defesa.<sup>623</sup>

A celeridade do processo deve respeitar as garantias processuais. A celeridade desacompanhada dessas garantias, a qualquer custo, traz inegável violação de direitos, com entrega de um processo sem efetividade, violador de direitos. É nesse sentido que também registra Arlete Inês Aurelli:

A celeridade a qualquer preço não deve ser o objetivo a ser alcançado pelo Poder Judiciário. De fato, não se pode admitir que a tutela jurisdicional seja prestada de qualquer maneira, com desapego total à forma e deixando de lado a garantia de um processo justo apenas para obtê-la de forma célere [...] Portanto, um conflito de interesses não deve ser, de forma alguma, resolvido pelo órgão julgador primando apenas pelo princípio da celeridade processual. Não adianta de nada justiça rápida que não traga efetividade para a tutela, de forma justa, em que se desprezem as demais garantias constitucionais e os direitos fundamentais, notadamente o princípio do devido processo legal.<sup>624</sup>

Em igual sorte, preconiza Nelson Nery Junior:

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. [...] O que se deve buscar não é uma justiça fulminante, mas apenas uma duração razoável do processo, respeitados os demais valores constitucionais.<sup>625</sup>

Em obra totalmente dedicada ao estudo da relação do processo civil com o tempo do processo e garantia de direitos fundamentais, Gustavo Henrique Schneider Nunes conclui: “A celeridade processual restou priorizada no texto constitucional, mas, de qualquer forma, esse valor fundamental deve ser compartilhado com o conteúdo material da decisão, porque a decisão precisa ser justa e célere, com base em critérios racionais.”<sup>626</sup>

A preocupação com a morosidade do sistema processual não é nova. Em 1816, Lobão referencia-se aos inconvenientes da demora das demandas; e a própria exposição de

<sup>623</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Reformas Setoriais, Harmonia do Sistema Normativo e Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Volume 162. Ago 2008. P. 87-93

<sup>624</sup> AURELLI, Arlete Inês. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Vol. 127. Set 2017. P. 19-47

<sup>625</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª edição. Revista dos Tribunais, 2016. P. 364-365

<sup>626</sup> NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. P. 137

motivos do Código de Processo Civil de 1939 já expunha a preocupação do legislador com a morosidade do processo, como expõe João Batista Lopes em artigo dedicado ao tema.<sup>627</sup>

São diversas as causas de morosidade processual, cujo estudo aprofundado exasperaria o objeto da monografia aqui proposta. À guisa de ilustração, todavia, cite-se:

As causas da lentidão processual são muitas e bastante conhecidas: organização judiciária anacrônica, insuficiência ou má aplicação de verbas, deficiências da legislação, má qualidade do ensino jurídico, proliferação de faculdades, prolixidade das petições, pouco estímulo aos funcionários para progressão na carreira etc.

[...]

Impende registrar a necessidade de uma fase pré-processual para tentativa de solução amigável de certos litígios como os que envolvem locação, condomínio e direitos do consumidor.

[...]

Também contribui fortemente para a morosidade processual a regra geral que consagra o efeito suspensivo da apelação. A exemplo de outros países como Espanha e Itália, a sentença monocrática não pode ser privada de sua eficácia imediata, sob pena de ser reduzida a “mera exortação ao cumprimento do dever” (Ovídio Araújo Baptista da Silva).<sup>628</sup>

Acrescente-se a esse rol, o inegável aumento da judicialização em razão de conflitos sociais, seja entre privados, seja entre público-privado, sobretudo em razão da má organização do sistema jurídico no cenário legislativo, para além de abusos perpetrados pelo poder executivo no desempenho de suas funções.

A demora do processo tem diversas causas, algumas de técnica processual, outras institucionais, além das humanas e dos sujeitos envolvidos no processo.

A via estatal de solução de conflitos não é a única via para pacificação social. Esta via tem suas vantagens e desvantagens – e, aqui, o tempo para resolução do conflito pode ser apontado como uma desvantagem, quando comparado com outros métodos de solução de controvérsias.

Em sua obra “Ensaio sobre a processualidade”, Ada Pellegrini Grinover, registra que a jurisdição do Estado não pode ser mais definida como poder, função e atividade, mas sim como “garantia do acesso à justiça, que se desenvolve pelo exercício de função e

---

<sup>627</sup> LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça. *Revista de Processo*. Vol. 295, Set 2019. P. 19-37

<sup>628</sup> LOPES, João Batista. Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça. *Revista de Processo*. Vol. 295, Set 2019. P. 19-37

atividade respeitadas pelo corpo social para a solução de conflitos”.<sup>629</sup> Essa mudança de perspectiva metodológica de compreensão da jurisdição – não mais como mera atividade pública estatal, mas como garantia de acesso à justiça – propõe a alteração do foco de estudo para o resultado entregue.

Jurisdição é conceituada como garantia de acesso à justiça para solução de conflitos, utilizando seus instrumentos – processo e procedimento – na busca da tutela jurisdicional justa e adequada e da pacificação social. [...] Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça.<sup>630</sup>

A jurisdição, assim, é apontada como uma das espécies do gênero “processualidade”, que está à serviço da garantia do acesso à justiça.

Adotando-se o método da instrumentalidade metodológica<sup>631</sup> (Carlos Alberto de Salles), por meio do qual parte-se do conflito social e da crise de direito material para localização do método adequado para solucioná-lo, busca-se a construção de uma solução efetiva e justa, estruturando-a conforme cada conflito.

Isso importa em concluir que, estando à disposição diferentes tipos de métodos de solução de conflitos, para além da jurisdição estatal com o processo judicial, como, por exemplo, os métodos de autocomposição e os métodos de heterocomposição privada, a análise da tutela adequada ao conflito depende, também, da escolha adequada do método de solucioná-lo.

A via judicial, portanto, é um dos métodos para solução de conflitos. E este método possui, como desvantagem, por exemplo e aqui enfocado, um necessário tempo de duração para resolução da crise – a razoável duração do processo.

Desta forma, a escolha desse método judicial de solução de conflitos importa em privilegiar certas características (como, por exemplo, uma ampla instrução probatória, ampla oportunidade de exercício de contraditório e ampla defesa, aplicação de um sistema de precedentes judiciais, custas e despesas processuais de serviços públicos etc) como

---

<sup>629</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P. 4

<sup>630</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P. 7 e P. 20

<sup>631</sup> “Ou seja, o método que parte do estudo do direito material para, a partir deste, remontar ou construir o fenômeno processo. A utilização desse método, por si só, já revoluciona a análise do processo e tem sido aplicada, hora ou outra”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P. 14).

prioritárias, enquanto outras características como secundárias (como a questão da duração do processo, ao que aqui é focado).

O que é importante frisar é que a ação rescisória não é causa da morosidade sistêmica da via judicial, e muito menos fator de morosidade na solução no conflito. Caso se busque a celeridade como valor prioritário da solução, outros métodos de solução de conflitos se mostram mais adequados para tal desiderato.

Mas mesmo dentro do método judicial de solução de conflitos, a ação rescisória não é causa da morosidade da tramitação do processo. Principalmente porque ela só tem lugar após o encerramento e solução outorgada à crise de direito material – para os casos que essa solução foi inadequada.

Nessa esteira de raciocínio, não se pode imputar exclusivamente à ação rescisória uma excessiva demora e morosidade ao processo. A ação rescisória não é causa da morosidade do Poder Judiciário: ela é remédio processual (técnica, portanto) para solução de tutelas jurisdicionais inadequadas, conforme artigo 966 do Código de Processo Civil.

A ação rescisória não é causa e tampouco contribui à morosidade do Poder Judiciário. A ação rescisória é remédio à tutela jurisdicional inadequada. A tutela jurisdicional outorgada, ainda que de forma célere, mas de forma inadequada, como, por exemplo, para os fins deste trabalho, em violação a princípio jurídico, não é adequada e não está em conformidade com o sistema jurídico, não podendo prevalecer.

Assim como celeridade não é sinônimo de efetividade ou de tutela adequada, a ação rescisória também não é sinônimo de morosidade ou eternização do conflito.

Tanto é que, como se viu, diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, como França, Alemanha, Portugal e Itália também possuem remédio processual semelhante à ação rescisória. O instituto da ação rescisória não prejudica a celeridade do processo ou é obstáculo à sua razoável duração; de sorte oposta, tem por escopo a tutela da efetividade do processo e da adequada tutela jurisdicional, em prol do efetivo acesso à ordem jurídica justa, com concretização correta do direito substancial para solução da crise de direito material.

A morosidade do processo e da solução da lide não é da ação rescisória, mas sim desses diversos fatores, alguns exemplificados acima.

## 5.2 AÇÃO RESCISÓRIA À SERVIÇO DA EFETIVIDADE

Como se demonstrou essa monografia, o conceito de efetividade não se limita à sinônimo de celeridade ou de processo rápido. O processo rápido não é sinônimo de processo efetivo, de tutela jurisdicional efetiva. O próprio acesso adequado à justiça não pode ser limitado ao acesso à celeridade da solução: justiça e celeridade nem sempre são sinônimos.

Maria Elizabeth de Castro Lopes e João Batista Lopes trazem a seguinte nota a respeito da concepção italiana de efetividade, relacionada à pesquisa aqui realizada:

Na Itália, a autorizada doutrina de Comoglio, Ferri e Taruffo alude ao processo *equo e giusto* apontando os seguintes pressupostos desse modelo: a) o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem; b) a dignidade social e a igualdade de todos perante a lei; c) a fundamental exigência de efetividade, que representa o denominador comum da atuação garantística de qualquer valor primário individual. Na lição desses autores, há que distinguir três espécies de efetividade: a) efetividade técnica (situação de poder que tem por objeto o agir em juízo, as possibilidades processuais da ação); b) efetividade qualitativa (conotação finalística do agir, em função da tutela de uma posição substancial com vistas ao resultado do processo); c) efetividade objetiva (relacionada com os objetivos perseguidos (direitos subjetivos e interesses legítimos) em função das várias situações reconhecidas pelo direito substancial.<sup>632</sup>

Demonstrou-se que a tutela jurisdicional adequada e efetiva é aquela que gera resultados concretos no plano fático, com solução adequada da lide. Efetividade é, para além da celeridade, entrega adequada da prestação jurisdicional, com adequada pacificação do litígio.

Como ensina José Roberto dos Santos Bedaque, no mesmo sentido do quanto aqui exposto nessa dissertação:

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. [...] Tutela adequada de um direito substancial tem como conteúdo a garantia de proteção a esse direito. Tal garantia, quando assegurada pela jurisdição, configura a tutela jurisdicional.<sup>633</sup>

Deste modo, não é qualquer resultado (tutela jurisdicional) do sistema que cumpre seus objetivos e fins esperados. Somente a tutela jurisdicional adequada, ou seja, aquela que realiza corretamente o direito substancial.

---

<sup>632</sup> LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Reformas Setoriais, Harmonia do Sistema Normativo e Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Volume 162. Ago 2008. P. 87-93

<sup>633</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P.37

Nessa ordem de ideias, foi exposto que a efetividade do processo (e do sistema) é analisada conforme os fins esperados pelo mesmo. Fiel às lições de Candido Rangel Dinamarco, o escopo social do processo é o de maior relevo, desempenhando propriamente a função do processo, em caráter instrumental, de expressão do direito – este último enquanto instrumento de pacificação social.

O processo detém uma instrumentalidade finalística (Ada Pellegrini Grinover), de modo que é instrumento de concretização do direito material.<sup>634</sup> Estabelecido esse parâmetro de resultado esperado, a efetividade do processo (e, por conseguinte, em metonímia, do sistema jurídico) depende da análise da concretização do direito material no caso solucionado.

Quando Mauro Cappelletti e Bryant Garth discorrem sobre acesso à Justiça e a necessidade de um novo enfoque, um dos pontos abordados é compreensão de que “os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais”<sup>635</sup>, em inegável exaltação ao escopo social do processo e da jurisdição – semelhante ao que preconiza Candido Rangel Dinamarco em sua abordagem metodológica, como exposto.

Como se demonstrou, e na linha do que expõe Arruda Alvim, não se deve priorizar a celeridade processual se isto sacrifica o devido processo legal, com violação de garantias. A razoável duração e a celeridade importam em compreender uma adequada tutela jurisdicional sem dilações indevidas.<sup>636</sup>

E uma correta prestação de serviços, com entrega do resultado da tutela jurisdicional de forma adequada, importa em reconhecer a adequada aplicação do direito, da ordem jurídica. A entrega célere de um resultado inadequado não cumpre a função social da jurisdição e não cumpre a própria função sistêmica do direito enquanto pacificador social.

A efetividade da tutela jurisdicional, portanto, não se esgota na velocidade de sua entrega; mas também, senão principalmente, na qualidade dessa tutela entregue. Além de ser entregue em um tempo razoável, ela deve ser adequada.

---

<sup>634</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P.13

<sup>635</sup> CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant.. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002. P. 12

<sup>636</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 243

“O acesso à Justiça compreende o direito de obter uma decisão fundada no Direito”, como preconiza Teresa Arruda Alvim, em paráfrase de Gomes Canotilho.<sup>637</sup>

Ada Pellegrini Grinover, ao discorrer a respeito do acesso à Justiça, registra que a principal meta desse princípio é a pacificação social, fruto do “funcionamento de um processo adequado”, de modo que corretamente realize o direito material e resolva a crise substancial, em sua premissa de abordagem metodológica do processo a partir da crise material<sup>638</sup>, registrando que “O efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social.”<sup>639</sup>

A este respeito, cumpre sempre registrar que a função precípua e razão de ser do processo é justamente a realização do direito material, de forma que foi concebido para proteger os direitos de quem os têm; e não para criar direitos de quem não os têm, ou subtrair direitos de seus legítimos titulares. Prosseguindo nessa ordem de ideias, Teresa Arruda Alvim e Maria Lucia Lins Conceição:

Toda a atividade do Poder Judiciário deve obedecer a regras que levem à aproximação desses dois planos, sob pena de ter que admitir que o processo pode atribuir direitos a quem não os tenha, ou tirar direitos de quem os tinha. A existência da ação rescisória é uma forma de atenuar eventual descompasso entre os planos da realidade criada como resultado do processo e aquela decorrente do direito material, e tanto mais o será quanto mais harmônica com esse objetivo for a interpretação que se der ao artigo 966, V do CPC/15 [...] <sup>640</sup>

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que, em verdade, a ação rescisória, como os demais instrumentos processuais, estão (e devem estar) à serviço da efetividade do processo e da tutela jurisdicional. Isso porque, conforme se expôs ao longo dessa dissertação, a ação rescisória é um remédio de correção de resultado indevido do funcionamento do sistema processual: quando as engrenagens do sistema jurídico terminam por, naquele caso, apresentar um resultado de alguma forma indevido (indevido nos termos do que o próprio sistema não admite, o que está previsto no rol do artigo 966 do Código de Processo Civil), o sistema criou um mecanismo de solução e saneamento dessa falha operacional: a ação rescisória.

<sup>637</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 20

<sup>638</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P. 83

<sup>639</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018. P.75

<sup>640</sup> ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 19-20

A ação rescisória, destarte, está à serviço da efetividade na exata medida que tem por escopo corrigir a falha do sistema, corrigir a indevida tutela jurisdicional. A ação rescisória tutela, portanto, a correta prestação dos serviços jurisdicional, a adequada tutela jurisdicional e correta aplicação do direito material.

A adequada aplicação do direito material, como se verificou, constitui elemento da adequada tutela jurisdicional e constitui a efetividade do processo, mormente quando se analisa pelo escopo social do processo e da jurisdição.

O sistema apresentar uma tutela jurisdicional célere mas inadequada, seja pela errônea aplicação do direito material, seja pela ausência de efeitos práticos e resultados úteis adequados (isto é, quando a tutela jurisdicional não for adequada), verifica-se que a tutela e o processo não foram efetivos. O fato da tutela ter sido dado de forma célere não é sinônimo de ser adequada e não supre a errônea aplicação do direito material ou falta de resultados práticos efetivos. Celeridade e tutela adequada não se confundem; celeridade e efetividade também não se confundem.

A celeridade não é valor absoluto a ser perseguido ao custo da adequada aplicação do direito material. O processo tem tempo razoável de duração; essa razoabilidade, a ser analisada caso a caso, considera a complexidade do caso, as particularidades das partes envolvidas e o direito material. O tempo razoável é o equilíbrio entre celeridade e adequada aplicação do direito material.

A duração razoável (e não mínima!) do processo é apenas um dos direitos fundamentais constituintes do modelo constitucional do processo e só será tida como razoável, na medida em que não inviabilizar o exercício dos demais princípios, quebrando a necessária harmonia entre eles.<sup>641</sup>

Nos casos em que o processo foi célere e formou a coisa julgada de forma rápida, mas de forma inadequada, não se verifica o cumprimento da efetividade do processo: houve aplicação errada do direito material, com falha do sistema. E aí a ação rescisória corrige essa falha, em prol de sanear e tornar adequada a aplicação do direito material – ao custo de um maior tempo de duração da relação jurídica-processual (com reabertura com nova relação a partir do ajuizamento da ação rescisória).

---

<sup>641</sup> COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 10, número 14, Jan-Dez 2012. P. 24-41

E esse tempo extra que as partes se submeterão durante o curso da ação rescisória? Esse tempo não viola a razoável duração do processo na medida que ele é necessário justamente para correção da tutela jurisdicional e adequada aplicação do direito material. A tutela anteriormente concedida (sob a qual recai a coisa julgada) foi dada em tempo célere, mas foi dada de forma equivocada, de modo que não foi, portanto, adequada.

A razoável duração do processo é o tempo necessário para que seja dada a tutela jurisdicional adequada – e não o tempo para que seja dada qualquer tutela jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, a ação rescisória é técnica processual desenvolvida pelo próprio sistema em prol da efetividade do processo, da jurisdição e do próprio sistema. Trata-se de um remédio para correção de situações em que o resultado dado pelo funcionamento do sistema apresentou desvio do quanto esperado e devido.

Para garantir a efetividade do processo (e do sistema) são postas à disposição diversas técnicas processuais e instrumentos, como ensina José Roberto dos Santos Bedaque:

Dessa forma, como somente recebe a tutela jurisdicional aquele que, no plano do direito material, tem razão, as várias espécies de tutela devem corresponder a soluções adequadas para repor o titular do direito subjetivo ao estado em que se encontrava antes da lesão, da ameaça ou da crise de certeza. [...] A grande diversidade de situações substanciais exige, evidentemente, a adoção de diversas formas de tutela [...] possível extrair conclusão fundamental à efetividade do processo: a construção de um sistema processual eficaz depende fundamentalmente da verificação das necessidades no plano material.<sup>642</sup>

E entre tais instrumentos está a ação rescisória, especificamente desenvolvida para solução dessas crises – previstas no próprio artigo 966 do Código de Processo Civil.

Para correção dessas violações de direito, o sistema põe à disposição a ação rescisória, como técnica processual adequada para sanar o vício e, assim, atender à esperada efetividade do processo, com concreta entrega daquele resultado esperado, de aplicação correta do direito material e atingimento do escopo processual.

Continua José Roberto dos Santos Bedaque:

Em suma: o instrumento precisa ser eficiente para proporcionar tutela efetiva e eficaz. E isso somente ocorre se ele for adequado ao fim pretendido. A utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito, nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários. Isso porque não se admite a utilização da força pelos interessados. O Estado deve, pois, apresentar um meio

---

<sup>642</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 52-55

idôneo para assegurar a efetividade da tutela jurisdicional adequado às necessidades verificadas no plano material.<sup>643</sup>

O que se verifica, destarte, é que a ação rescisória é meio idôneo para solução de uma crise: a incorreta aplicação do direito material, com outorga de inadequada tutela jurisdicional. Trata-se, pois, de um instrumento processual para tutela de direitos, justamente com vistas a proporcionar uma adequada tutela jurisdicional efetiva.

Insta lembrar, como se apontou, que a efetividade da tutela jurisdicional reside justamente no atingimento do escopo pretendido, qual seja, a adequada realização do direito material (escopo jurídico) com pacificação do litígio na sociedade (escopo social).

A doutrina aponta, inclusive, que a ação rescisória desempenha função social de extirpar do mundo jurídico uma decisão contrária ao direito.<sup>644</sup>

Portanto, quando o processo entrega uma tutela, uma solução, ainda que célere, mas que não seja adequada à pacificação social, à solução da crise do direito material, com equívoco na aplicação do direito substancial, temos que não houve adequado acesso à ordem jurídica justa, com violação da efetividade do sistema jurídico – das normas de direito material, no caso, que foram aplicadas de forma equivocada, ou em processo viciado com equívoco de normas processuais. De toda forma, não se atendeu à efetividade ou ao acesso à Justiça.

E para correção desses gravíssimos vícios, em prol da efetividade e do acesso à Justiça, a ação rescisória surge como remédio criado pelo próprio sistema. Por meio da ação rescisória é possível a correção dessas falhas sistêmicas e entrega de um resultado adequado e esperado pelo sistema. O escopo da ação rescisória é justamente esse: servir à efetividade e ao acesso à Justiça.

---

<sup>643</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 81

<sup>644</sup> SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005. P. 99

### 5.3 A QUARTA DIMENSÃO DO DIREITO

A ação rescisória também tem importante papel enquanto instrumento de efetividade do escopo do próprio Direito.

Especificamente a ação rescisória por violação de princípio, em razão do caráter de cláusula aberta da norma principiológica, com flexibilidade e adaptação ao caso concreto, exerce importantíssimo papel à serviço da efetivação do escopo-mor do direito: a realização da justiça.

Para além da clássica teoria tridimensional do Direito (Miguel Reale), a análise estrutural do Direito enquanto instrumento de justiça culminou na elaboração da teoria tetradimensional do direito, com a inclusão de uma quarta dimensão ao Direito: a própria justiça.

Miguel Reale consignou a sua reflexão a respeito do problema axiológico do direito resultante da interpretação e aplicação da norma jurídica:

Onde, pois, há uma norma de direito, há sempre um problema axiológico pressuposto ao intérprete. Dessa asserção resultam quatro conclusões que será sempre necessário ter presentes, especialmente por suas consequências de ordem prática, a saber:

- Toda norma, por ser sempre representação de um valor e objeto de volição, jamais pode deixar de ser interpretada, não podendo haver norma que dispense interpretação (essencialidade do ato interpretativo).
- Toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa (essencialidade axiológica do ato interpretativo).
- Toda interpretação se acha condicionada por um complexo de situações fáticas, a começar cronologicamente por aquela que havia condicionado originariamente a objetivação da norma (essencialidade da condicionalidade fática do ato interpretativo).
- Toda interpretação tem como pressuposto o caráter necessariamente lógico da proposição normativa, não obstante possa ter sido o resultado de fatores alógicos (essencialidade lógica do ato interpretativo).

No que se refere a esses enunciados, cabe observar que os valores, que formam a razão ou o conteúdo das normas, aparecem nesta por meio de um ato volitivo. A norma jurídica é, pois, sempre determinação racional e objetiva de valores, na medida e em função de meios idôneos à sua realização, na dependência ou em função dos fatos ou circunstâncias em que a valoração e a volição ocorrem.<sup>645</sup>

---

<sup>645</sup> REALE, Miguel. *apud* SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do Direito: esforço inicial. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, volume 38, número 153. Jan-Mar 2002. P. 67-77

Essa sua reflexão deu ensejo à teoria tridimensional do direito, no clássico esquema fato-valor-norma, em apuração desses elementos no processo de interpretação e aplicação da norma jurídica, considerando, como já exposto nessa monografia, tais elementos na concretização da norma.

O próprio Miguel Reale registrou a justiça como finalidade do Direito:

Vê-se, pois, que o conceito do direito implica, outrossim, nos elementos do poder (donde dizemos que é uma realidade ordenada, ou, por outras palavras, uma ordenação), assim como no de sociedade; é o direito vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores da convivência. temos, assim, a sociedade como condição do direito, a justiça como fim último, a bilateralidade atributiva como forma ordenatória específica, e o poder como garantia de sua atualização.<sup>646</sup>

Na evolução dessa teoria tridimensional do direito, incluiu-se uma quarta dimensão para análise no processo de interpretação e aplicação normativa: o próprio valor da justiça, visto como resultado, escopo pretendido pelo sistema jurídica.

Tal concepção do Direito é estruturada a partir da análise finalística do sistema jurídico (dimensão teleológica). O sistema jurídico tem por escopo entregar um resultado de concretização de justiça, como se viu no capítulo inicial dessa monografia.

Pela teoria tetradimensional do direito, busca-se, a partir da interpretação e hermenêutica, realizar a justiça com a aplicação de uma norma:

Na verdade, para a razoável interpretação e aplicação do Direito, com o escopo de realização da Justiça, impõe-se a correta valoração do fato e da norma, sob pena de cometimento inevitável do “desvio judicial”, vale dizer: do desvio de justiça.

[...]

A segunda dimensão valorativa que indicamos é a finalística. Em outras palavras, a realização de um valor – a justiça – é a concretização do direito. Assim, afirmamos que o direito é a realizabilidade da justiça

[...]

Quando a valoração é mal elaborada, cometem-se os desvios justiciais, ou desvios de justiça. Esses desvios podem ser máximos (injustiça – *summum jus, summa injuria*); médios, (injusto parcial), ou mínimos (*praeter justum*). Somente a prática jurídica poderá indicar, em cada caso, a concreção desses exemplos. É sempre uma situação casuística.<sup>647</sup>

A quarta dimensão (justiça) impõe a análise não apenas do fato, do valor contido na norma e do texto normativo em si, mas as consequências da decisão judicial e a realização do valor da justiça.

<sup>646</sup> REALE, Miguel. *apud* SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do Direito: esforço inicial. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, volume 38, número 153. Jan-Mar 2002. P. 67-77

<sup>647</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do Direito: esforço inicial. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, volume 38, número 153. Jan-Mar 2002. P. 67-77

A justiça é observada a partir de uma posição teleológica do direito. Nessa concepção, não há direito injusto, mas pode haver manifestação injusta do direito.<sup>648</sup>

Nessa teoria, para além do clássico esquema de valoração fato-valor-norma (teoria tridimensional), que considera a justiça como valor-norte desse processo, a justiça se apresenta como uma quarta dimensão finalística que visa analisar a concretização da norma jurídica.

Verifica-se, assim, que a quarta dimensão do direito nada mais é que a busca pela efetividade do próprio direito, do próprio sistema jurídico. Como se registrou, para análise da efetividade de um sistema é necessário estabelecer a premissa do resultado esperado pelo sistema. No caso do direito, em abordagem finalística, para além da pacificação social, é a própria realização do valor justiça. O fim último do direito é a concretização da justiça. E nessa ordem de ideias, a apuração da efetividade do direito consiste na apuração da realização da justiça.

O direito será efetivo se concretizar a justiça.

A teoria tetradimensional do direito preconiza, destarte, que somente perante os elementos de fato, valor e norma é que se pode construir uma interpretação (e aplicação do direito, portanto) que vise a concretização da justiça.

A análise da efetividade do direito, portanto, depende da análise circunstancial e concreta desses elementos no caso.

E os princípios, como cláusulas abertas, permitem essa adaptação normativa entre fato, valor e norma ao caso concreto de modo a realizar a justiça.

As cláusulas gerais exigem concretização em vez de subsunção. "Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de 'generalizar' o caso; tem também de 'individualizar' até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na 'subsunção'. Quanto 'mais complexos' são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção. O Direito passa a ser construído *a posteriori*, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente."<sup>14</sup> As cláusulas gerais servem para

---

<sup>648</sup> SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do Direito: esforço inicial. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, volume 38, número 153. Jan-Mar 2002. P. 67-77

a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como "pontos de erupção da equidade".<sup>649</sup>

Em uma análise sistêmica, a ação rescisória, enquanto instrumento do sistema jurídico, está ao seu serviço, em prol da realização da justiça, que é o escopo do próprio direito (em sua quarta dimensão).

A ação rescisória, enquanto remédio processual para correção de injustiças, de equivocadas aplicações normativas, tem por objetivo corrigir a falha ocorrida na operacionalização do sistema (que culminou na inadequada entrega da prestação jurisdicional). Esse equívoco é injustiça, ao menos em uma análise objetiva do fenômeno: a aplicação errada do sistema jurídico objetivo.

Assim, a ação rescisória é instrumento para correção de injustiças e, por conseguinte, realização da justiça; que é o escopo último do sistema jurídico, a própria razão de ser do direito na sociedade.

---

<sup>649</sup> DIDIER JR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*. Volume 187. Set 2010. P. 69-83

### 5.3.1 Breves noções do conceito de Justiça

Verifica-se, para teoria tetradimensional do direito, que “a finalidade do direito é a realização da justiça”, como registrou Sérgio Cavalieri Filho, prosseguindo, ainda, na dificuldade dessa realização haja vista a imprecisão conceitual do termo:

Direito, por seu turno, é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural concebido como técnica para a pacificação social e a realização da justiça. Em suma, enquanto a Justiça é um sistema aberto de valores, em constante mutação, o Direito é um conjunto de princípios e regras destinado a realizá-la.<sup>650</sup>

O conceito de justiça é árdua tarefa sob a qual se debruçaram inúmeros teóricos e pensadores ao longo dos séculos. Entre as clássicas concepções gregas de Aristóteles e Plantão, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, passando pela ideia romana de Ulpiano, pelo evangelho de Cristo, com clássicas reflexões de Kant e os teóricos Hegel, Alf Ross, Stammler, Radbruch, Kelsen, Ihering e Heidegger, além de diversos outros, o conceito de justiça sempre obteve conteúdo distinto, subjetivo e abstrato, sem maior concretude prática.

Justiça é um conceito fundamental oriundo da ética, da filosofia social, da filosofia jurídica, com contextualização política, social e religiosa, com impossibilidade de delimitação em exata e conclusiva definição.<sup>651</sup>

A etnologia da palavra “justiça” remota a dois termos relacionados que se completam: *thémis* e *díke*, que partem do entendimento que a estrutura geral da sociedade é baseada em um conjunto de normas que constituem um direito. O primeiro termo (*thémis*) se relaciona a um conjunto de normas de regulação interna de um grupo, de uma família; e o segundo (*díke*) a relação entre grupos, entre famílias e comunidades. A identificação originária do direito e da justiça apontam uma primeira noção de divino e de virtude.<sup>652</sup>

A raiz nominal de justiça é *jus*, que significa direito. A raiz nominal de direito é *directum* ou *rectum* que significa reto, correto, conforme a regra.

<sup>650</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. *Revista da EMERJ*, volume 5, número 18, 2002. P. 58-65

<sup>651</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Genealogia da justiça: uma abordagem a partir do conceito de obligatio do direito privado romano. *Revista de Direito Privado*, volume 48, Out-Dez 2011.

<sup>652</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Genealogia da justiça: uma abordagem a partir do conceito de obligatio do direito privado romano. *Revista de Direito Privado*, volume 48, Out-Dez 2011.

A compreensão do direito e da justiça e sua interrelação é, historicamente, abordada na correlação entre os conceitos de igualdade e liberdade, presente nas teorias clássicas a respeito da justiça.

Historicamente, o tema da justiça é tratado pelas teorias em dois aspectos: em seu aspecto formal, um valor ético-social positivo, através do qual se atribui a uma pessoa o que lhe é devido (*suum cuique tribuere*); e em seu aspecto material, os parâmetros de acordo (valores) com os quais é decidido aquilo que é devido a alguém, e que são formulados normalmente com base em concepções metafísicas, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>653</sup>

Em Aristóteles, na Grécia, os conceitos de direito e de justiça se confundem, e, de forma geral, justiça – que era tratada no termo “virtude” - correspondia à equidade, ao meio termo entre paixões e ações.<sup>654</sup> Nas palavras de Aristóteles, em sua obra “Ética a Nicômaco”:

A virtude diz respeito às paixões e ações em que o excesso é uma forma de erro, assim como a carência, ao passo que o meio-termo é uma forma de acerto digna de louvor; e acertar e ser louvada são características da virtude. Em conclusão, a virtude é uma espécie de mediana, já que, como vimos, ela põe a sua mira no meio-termo.<sup>655</sup>

Esse meio-termo não era aritmético, e correspondia aquilo que é equidistante dos extremos, sem demasia. O conceito de equidade, presente na justiça, era na noção distributiva, de tratamento pela isonomia material.

Para Aristóteles, todavia, a justiça era uma característica inata do homem, que não poderia ser imposta externamente: ou o homem tinha essa virtude ou não tinha, não sendo possível impô-la de forma extrínseca, eis que presente (ou não) no âmago do ser humano.<sup>656</sup>

Conforme visto no capítulo inicial desse trabalho, a preocupação nessa época, e compartilhada por Aristóteles, era de incluir o conceito de justiça como um conceito absoluto e objetivo (uma justiça natural), que não oscilasse conforme o receptor ou aplicador e permitisse a identificação imediata do ato como justo ou injusto, para impedir uma definição

---

<sup>653</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Genealogia da justiça: uma abordagem a partir do conceito de obligatio do direito privado romano. *Revista de Direito Privado*, volume 48, Out-Dez 2011.

<sup>654</sup> CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>655</sup> ARISTÓTELES. *apud* CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>656</sup> CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

inequívoca conceitual. Aristóteles buscou um conceito exato e matemático de justiça, o que termina por aproximar a justiça da própria lei, do direito.<sup>657</sup>

Aristóteles apontava, assim, justiça como sinônimo de direito e da lei, buscando um parâmetro claro e objetivo: “O homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo.”<sup>658</sup>

Séculos mais tarde, Thomas Hobbes (1588-1679), aborda a justiça em sentido diverso de Aristóteles, mas também com utilização do conceito de isonomia. Enquanto Aristóteles trabalhava igualdade como igualdade, Hobbes preconiza igualdade como característica material e física dos homens, cuja ausência traz a guerra total e violência de tudo contra todos. Na teoria de Hobbes, todos os homens são naturalmente iguais em faculdades físicas e mentais.<sup>659</sup>

Para Hobbes, o homem em seu estado natural vive em situação constante de guerra, com insegurança e angústia: o homem é movido por paixões, pelo desejo de conquista de bens e de poder. E nesse contexto, a lei é a única forma de impor limites à natureza bélica do homem.

Na concepção de Hobbes, o conceito de justiça só é possível após a constituição do Estado e imposição de leis: o soberano indica o que é justo e o que é injusto. E os homens pactuam com essa divisão, em razão da lei natural de necessária obediência irrestrita à vontade do soberano, como garantia de uma vida pacífica e harmoniosa em sociedade.<sup>660</sup>

Verifica-se até aqui, até Immanuel Kant (1724-1804), que a justiça era abordada quase que exclusivamente como noção de igualdade material (o tratamento igual aos iguais; e desigual de maneira desigual, nessa medida).

---

<sup>657</sup> CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>658</sup> ARISTÓTELES. *apud* CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>659</sup> CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>660</sup> CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

A partir das lições de Kant, que tratava o conceito de justiça no viés político, e não estritamente jurídico, com racionalismo, a justiça passa a ser mais do que mero reducionismo ao princípio da igualdade:

Abre-se, assim, o estudo da justiça sobre três vertentes: a igualdade como um princípio formal (justiça em sentido estrito), a adequação, como um princípio material da justiça (justiça social ou comum) e a segurança jurídica (paz jurídica). A justiça passa a ser expressa simultaneamente no sentido da forma, do conteúdo e da função.<sup>661</sup>

Em sua ética deontica, Kant trabalha a dicotomia entre liberdade e obediência: o dever de obediência absoluta em relação às ações não exclui o direito de liberdade com relação aos pensamentos, à crítica e reservas mentais.

Kant é muito firme em afirmar a obrigação absoluta de obedecer à lei e em negar todo e qualquer direito de resistência [...] Se uma lei é pública, diz ele, é irrepreensível, ou seja, conforme o direito, é também irresistível, já que a resistência a ela teria lugar segundo uma máxima universalizada, destruiria qualquer constituição civil [...] Mas a obediência não exclui a crítica; e, portanto, o que é seu pressuposto, a liberdade de opinião e de expressão.<sup>662</sup>

Para Kant, só haveria justiça se a obediência à lei for resultado de uma decisão consciente e livre do indivíduo, sem imposição: “É justa toda a ação que por si ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um, segundo leis universais.”<sup>663</sup>

A obediência à lei por imposição não importaria concordância com o seu conteúdo, em nenhuma espécie de adesão subjetiva ou moral. O filósofo preconizava que uma vez positivada a norma, ela deve ser cumprida por todos; mas isto não significa que a norma é justa. Para Kant, há uma prevalência do direito natural sobre o direito positivo.

Nas palavras de Immanuel Kant:

Justa é somente a ação sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos. A liberdade é a condição de toda vida moral e, portanto, também do direito. Nenhum direito e nenhum dever tem sua origem noutra coisa senão na liberdade [...] Agir justamente é agir em consideração à liberdade do

<sup>661</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Genealogia da justiça: uma abordagem a partir do conceito de obligatio do direito privado romano. *Revista de Direito Privado*, volume 48, Out-Dez 2011.

<sup>662</sup> BOBBIO, Norberto. *apud* CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>663</sup> KANT, Immanuel. *apud* CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

outro, segundo um princípio de igual limitação do arbítrio de cada um, como garantia de igual liberdade para todos.<sup>664</sup>

Posteriormente, surgem teorias da justiça preocupadas na justiça real do caso concreto, e não meramente em uma justiça abstrata de conceito formal.

Uma das teorias mais modernas sobre justiça é de John Rawls (1921-2002), que sintetiza a justiça nos seguintes princípios, buscando oferecer uma visão sobre justiça real:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites da razoabilidade e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.<sup>665</sup>

Rawls propõe a concepção da justiça como base da construção social, elaborando uma teoria que represente uma alternativa ao utilitarismo, baseando-se nesses dois princípios da justiça acima elencados. Rawls busca essa superação do utilitarismo e construção de uma justiça material, de forma distributiva.

Após a Segunda Guerra Mundial, Chaim Perelman (1912-1984) busca uma criação de uma lógica de juízes de valor, que pudesse estabelecer critérios objetivos para valores.

Perelman em sua pesquisa sobre justiça, agrupou as principais teorias desenvolvidas na história sobre justiça em seis correntes:

1. A cada um o mesmo.
2. A cada um segundo os seus méritos.
3. A cada um segundo as suas obras.
4. A cada um segundo as suas necessidades.
5. A cada um segundo a sua posição.
6. A cada um segundo o que lhe é devido por lei.<sup>666</sup>

Após analisar uma a uma, o que Perelman propõe, em sede de nova retórica, é uma análise do raciocínio jurídico (racionalização da aplicação do direito) em uma análise de lógica de julgamentos de valor no caso concreto. Para ele, não se deve estudar o conceito abstrato de justiça, mas sim o conceito concreto.

---

<sup>664</sup> KANT, Immanuel. *apud* CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

<sup>665</sup> RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>666</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 9

Nossa definição de justiça é formal porque não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça concreta para fórmulas diferentes de justiça concreta. O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar as características essenciais para a aplicação de justiça.<sup>667</sup>

A realização da Justiça em Perelman, destarte, é atenta ao caso concreto, e não abstratamente da dedução de normas legais; se afastando do positivismo jurídico.

Posteriormente, Ronald Dworkin (1931-2013), também na mesma direção, preconiza uma concepção de justiça com preocupação na realização de cada caso particular, e não meramente como um conceito geral da sociedade.

Em Dworkin, é forte o conceito de justiça de uma forma distributiva, substancial (liberalismo igualitário), destinada a, concretamente, equiparar indivíduos mediante superação de suas desigualdades sociais, econômicas, impostas estruturalmente pela sociedade.

Direito é um empreendimento político, cuja intencionalidade geral (*general point*), se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas<sup>668</sup>

A concepção de justiça em Dworkin é próxima de Rawls, buscando apresentar uma política filosófica de concretização concreta, mediante ações afirmativas e redutoras de desigualdades, a fim de permitir livres escolhas e responsabilidades.

Dworkin procura reconstruir uma filosofia política integradora, expor uma concepção de liberalismo igualitário que concilia igualdade com responsabilidade individual. Ao fazê-lo, o preço a pagar (e talvez prêmio a recolher) é apresentar uma filosofia política que incorpora e depende não apenas de uma *teoria da justiça* (nos moldes rawlsianos de uma teoria das instituições reguladoras da sociedade), como também uma *teoria da moral* (i.e., de como devemos tratar os outros) e sua relação com o Direito, e também da *teoria da ética* (enquanto teoria de como se deve viver).<sup>669</sup>

<sup>667</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 19

<sup>668</sup> DWORKIN, Ronald. *apud* MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito> Acesso em 7 de maio de 2022.

<sup>669</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito> Acesso em 7 de maio de 2022.

Em conclusão, a obra de Dworkin propõe que a análise da justiça deve ocorrer conforme sua realização prática, sendo impossível o desvencilhar entre os fatos e a justiça:

Em conclusão, importante ressaltar que a partir de Dworkin é possível concluir que não faria nenhum sentido examinar-se, hodiernamente, a justiça fora da prática (mundo da vida), sem levarmos em conta a complexidade das estruturas sociais contemporâneas, essa é leitura inicial para a premissa dworkiana de que a justiça não é um deus ou um ícone: nós a valorizamos, se o fazemos, devido a suas consequências para as vidas que levamos enquanto indivíduos coletivamente.<sup>670</sup>

O conceito de justiça, como se viu, não é único ou bem delineado, tendo sofrido diferentes modulações ao longo da história; na maioria e principais definições, justiça é contextualizada com igualdade, liberdade e moralidade.

Diversos filósofos apontaram ao longo da história que a aplicação da norma jurídica (o direito objetivo, positivado) é expressão da justiça. Nessa ideia, em diferentes justificativas, está Aristóteles e Hobbes, como se registrou.

Com o passar dos séculos e, sobretudo, a virada metodológica pós Segunda Guerra Mundial, e surgimento do pós-positivismo, como anotado no capítulo inicial dessa obra, os teóricos passaram a postular a necessidade de uma validação dessa aplicação normativa. Surgem critérios de validação a respeito da justiça de uma norma: a norma posta não é sinônimo de justiça.

Ao longo da história, também como se registrou no capítulo inicial dessa obra, os conceitos de direito e de justiça foram aproximados e distanciados, tendo por contexto as noções de liberdade e moralidade. Em linhas gerais, formou-se a justiça natural, oriunda daquele conjunto de princípios universais da natureza (Direito Natural), invariáveis no tempo e no espaço; e a justiça legal, compreendida como o conjunto da produção legislativa do órgão legitimado a fazê-lo em determinada sociedade (Direito Positivo).

Como exposto naquele capítulo, a evolução da compreensão de justiça deu origem, em princípio, a duas correntes distintas: jusnaturalismo e juspositivismo.

De certa forma, Kant já diferenciava os conceitos, ao abordar que a norma positivada, embora deva ser respeitada pelos destinatários, não importa em anuência ao seu

---

<sup>670</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Genealogia da justiça: uma abordagem a partir do conceito de obligatio do direito privado romano. *Revista de Direito Privado*, volume 48, Out-Dez 2011

valor tutelado, mas sim temor das consequências, o que afasta a identidade entre direito posto e justiça.

A partir dessa segunda metade do século XX, as novas teorias de justiça (Rawls, Perelman, Dworkin, dentre outras) se propõem a concretizar a justiça à luz do caso concreto de incidência, se afastando de uma insuficiência abstrata e teórica conceitual. Os contornos dessas teorias é a justiça distributiva aristotélica, mas concretizada caso a caso, personalizável e moldável.

Tal concepção filosófica vai ao encontro da análise adequada da efetividade do direito: a apuração da justiça e apuração da efetividade do direito, do sistema jurídico, ocorre no caso concreto, em análise tretradimensional (fato, valor, norma e justiça).

#### 5.4 A AMPLIAÇÃO DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Em uma análise deontológica do sistema jurídico, para além da entrega de um resultado em conformidade com os elementos desse sistema, o direito se propõe à realização do valor justiça (teoria tetradimensional do direito).

A ampliação do cabimento da ação rescisória contribui para efetividade do direito e do sistema jurídico, seja na ótica de efetividade do direito positivo, seja na ótica de concretização do valor da justiça.

A ação rescisória se presta à correção dos casos de inadequada interpretação jurídica – ou seja, os casos de equivocada aplicação dos elementos da teoria do direito (teoria tetradimensional do direito), com falha sistêmica na concatenação de fato, valor e norma, que não atingiu o fim colimado da justiça.

Quando se preconiza o acesso à ordem jurídica justa (Kazuo Watanabe), não se está reduzindo o acesso do indivíduo ao Poder Judiciário, ao direito de petição ou de ação, ou mesmo ao direito de ter o direito objetivo e positivado aplicado adequadamente. Veja que esta última vertente da concepção de acesso à Justiça já é moderna e fruto de inegável e dificultosa evolução histórica, social e jurídica. Mas não é suficiente: o acesso à justiça não se limita na aplicação adequada do fato, valor e norma; vai além.

O acesso à ordem jurídica justa implica no acesso adequado ao próprio valor da justiça, à concretização da justiça. Fato, valor e norma interpretados e aplicados de forma a concretizar (efetivar) a justiça. Essa é a aplicação adequada do sistema jurídico, a entrega adequada de uma tutela jurisdicional que, acima de tudo, deve ser justa. O acesso à ordem jurídica justa é a entrega de uma solução justa.

O quanto defendido nessa monografia – a possibilidade de rescisão de julgado por violação de princípio, a partir de interpretação do artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil – importa em inegável ampliação do cabimento da ação rescisória, para além da mera violação de regras jurídicas, abarcando, também, as violações de princípios.

Essa ampliação do cabimento do remédio da ação rescisória, todavia, não importa em eternizar a solução de conflitos ou contribuir a uma maior morosidade da tramitação do processo em detrimento à celeridade.

Isso porque a solução inadequada não se prestou à concretização da justiça no caso concreto. A interpretação normativa e inadequada ponderação principiológica realizada (houve violação de princípio), violou a teoria tetradimensional do direito, com erro na concatenação dos elementos do sistema jurídico (fato, valor, norma e o perseguido valor da justiça).

A coisa julgada que aplicou equivocadamente a norma principiológica – como se viu na obra, esse erro pode derivar tanto da não aplicação quanto da aplicação errônea – com falha na conclusão da ponderação de princípios, é, para mais que ilegal ou inconstitucional (por vezes), mas estruturalmente e sistematicamente inválida no direito, por inadequação às próprias regras estruturais do sistema jurídico. Essa coisa julgada é, sobretudo, injusta.

E, assim, a conclusão do sistema jurídico acionado foi a entrega de um resultado totalmente contrário do que deveria: um resultado injusto, uma tutela jurisdicional injusta, um acesso à ordem jurídica que ocorreu de forma injusta.

E a injustiça não pode ser perpetuada no sistema.

Ainda que se ouse cogitar da hipotética colisão da justiça (valor norteador do sistema jurídico e da própria existência do direito) com um princípio da celeridade, por certo o princípio da celeridade será afastado.

Isso porque o valor da justiça não está em hierárquica ou estrutural posição semelhante à celeridade. Verdadeiramente, não há colisão, porquanto a justiça não é princípio jurídico, mas valor estruturante do sistema, inato ao próprio sistema. Admitir hipotética colisão entre justiça e celeridade (ou outro princípio qualquer) seria admitir a colisão do sistema jurídico (do próprio direito) com algum princípio; o que é inviável de ocorrência, haja vista a natureza distinta desses elementos, pertencentes à planos diversos.

Nesse raciocínio, registra-se que a justiça (e o sistema jurídico voltado a concretizá-la) era considerada uma política (e não princípio) para o próprio Ronald Dworkin, considerando a função transindividual de interesse do corpo social no seu cumprimento, para além do mero caso concreto e dos interesses ali delineados: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum

aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>671</sup>. O próprio Dworkin não admitiria a colisão entre justiça e princípio, haja vista a natureza distinta.

O argumento que a ampliação da ação rescisória importa em eternização de conflitos, como já se registrou, não convence; à luz da perspectiva teleológica do sistema, da busca pela justiça (teoria tetradimensional do direito), o resultado pretendido deve ser a concretização da justiça.

A este respeito, e como bem registrado por Candido Rangel Dinamarco: “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”<sup>672</sup>.

O sistema jurídico não pode chancelar uma injustiça e se quedar inerte com uma coisa julgada que produza resultados injustos, contrários à ordem jurídica, em violação à teoria tetradimensional do direito. Essa coisa julgada é ilegítima, fruto de uma falha sistêmica, que deve ser corrigida.

Não se pode permitir que a coisa julgada abusiva, violadora de direitos, continue surtindo efeitos no sistema social quando o próprio sistema jurídico tem um remédio criado especificamente para solucionar tal falha: a ação rescisória.

Não há qualquer justa causa para impedir o uso de um remédio legítimo e constitucional, presente há séculos no sistema jurídico brasileiro e de outros países, como se viu. A ação rescisória é a resposta do próprio sistema para correção de uma injustiça.

Especificamente na hipótese de cabimento da ação rescisória por violação de princípio, esse remédio detém extrema importância para correção das injustiças. Isso porque, como registrado ao longo desse trabalho, o caráter abstrato e de cláusula geral dos princípios, que, apesar de ter um núcleo de significado mínimo, permite a flexibilização e adaptação de seu conteúdo normativo ao caso concreto, em ativismo judicial cocriador do direito, permite uma ampla utilização como instrumento normativo para correção das injustiças, efetivador da quarta dimensão do direito.

---

<sup>671</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 36

<sup>672</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 224

## CONCLUSÃO

Durante a evolução da compreensão do sistema jurídico, mormente da passagem histórica do sistema jusnaturalista para o sistema positivista, e, posteriormente, para o sistema pós-positivista, os princípios passaram a desempenhar relevantíssima função no sistema normativo. A compreensão pós-positivista do Direito, surgida após a Segunda Guerra Mundial, trouxe enfoque aos princípios como normas validadoras do conteúdo jurídico dos enunciados normativos, em função interpretativa e função normativa propriamente dita. Os princípios passam a desempenhar, além de serem propriamente normas jurídicas, funções interpretativas e excepcionais à aplicação das regras jurídicas.

Para além da preocupação em controle de validade por meio desses valores tutelados juridicamente, os princípios, por serem conceitos com alto grau de abstração e generalidade, com carga, ao menos parcial, indeterminada, são responsáveis pela atualização de significância do sistema jurídico e aproximação do sistema normativo à realidade social – em tríplice conjugação dos elementos do direito: fato, valor e norma (teoria tridimensional do Direito).

A distinção entre enunciado e norma e o papel da interpretação e da hermenêutica são ressignificados após a Segunda Guerra Mundial e no sistema pós-positivista de compreensão do direito. Há um desvencilhar entre texto, norma e valor; e o intérprete é responsável, a partir do enunciado normativo, a construir o significado da própria norma jurídica, com vistas ao valor que ela tutela.

Os princípios são normas jurídicas que expressam, dentro do sistema jurídico, valores relevantes à sociedade ou à própria Justiça. E esses conceitos dotados de grau de indeterminação e flexibilidade de significância (cláusulas abertas ao intérprete) permitem a constante atualização do sistema jurídico, permitindo a influência de elementos zetéticos, além do fechado sistema jurídico puramente auto-referente (Luhmann).

A adoção de um movimento neoconstitucionalista, verdadeira política interpretativa de modelo hermenêutico, importa em reconhecer os princípios como dotados de força normativa própria, e, inclusive, fundantes das regras jurídicas. Os princípios tutelam valores que representam verdadeiros critérios de validade das regras jurídicas. Essa nova dogmática hermenêutica, ao lado da expansão da jurisdição constitucional e reconhecimento

da força normativa da própria Constituição caracterizam os três marcos que embasam o movimento neoconstitucionalista.

A função dos princípios é de viabilizar unidade, harmonia, completude, coerência ao sistema jurídico, atuando como integrante de suas normas. Além desta função, atuam como inafastável guia ao intérprete na problemática da decidibilidade para aplicação jurídica e fim colimado ao Direito – a pacificação social.

O Direito detém um caráter sistêmico que deve ser preservado nas interpretações e aplicações de suas normas. Direito enquanto sistema importa em compreender que não se trata de mera reunião de elementos, mas sim um ordenamento orgânico e interdependente de elementos com unidade, coerência, interação e organização. Tais elementos do sistema são as normas, fatos e valores (Miguel Reale Jr).

O sistema jurídico, portanto, é um conjunto de objetos (elementos) e seus atributos (repertório), com relações entre eles conforme regras estruturais, com vistas a preservar as características do sistema (Tércio Sampaio Ferraz Jr). E esse sistema é mutuamente influenciado com seus elementos, constantemente se interrelacionando e se autorreferenciando de forma interdependente (Luhmann).

E o Direito enquanto sistema não admite elementos relacionalmente inválidos – ou seja, que violem as regras estruturais do sistema, afrontando as próprias qualidades naturais de coesão, coerência e unidade.

Assim, a norma, extraída de determinada regra ou princípio jurídico, de determinado enunciado textual ou de forma implícita, deve, durante o seu processo de interpretação e hermenêutica, guardar correlação com os demais elementos do sistema jurídico. Destarte, toda interpretação deve ser, obrigatoriamente, sistêmica; sendo absolutamente inadmissível uma interpretação normativa que não observe o próprio caráter sistêmico do Direito.

Para além de sistêmica, a interpretação deve ser teleológica e efetiva, buscando o significado normativo, o valor que se tutela por meio daquela norma, e os efeitos práticos e concretos que sua aplicação acarretará – ou seja, considerar o valor e os fatos na aplicação da norma (teoria tridimensional do Direito).

O Direito Processual é um subsistema do sistema Direito, de modo que deve ser interpretado e aplicado observando a sua inclusão neste. Isso importa, dentre outras consequências, na necessária observância do processo civil à Constituição Federal. Processo Civil e Constituição são indissociáveis, culminando no que se denomina de “modelo constitucional de processo civil”.

A interpretação de um elemento do sistema jurídico desvinculada da Constituição Federal implica no rompimento do caráter sistêmico do direito, sendo, destarte, violadora da própria premissa estrutural de funcionamento do sistema.

O modelo constitucional de processo civil nada mais é senão a consideração de que há um sistema jurídico estruturado; e que, em tal sistema, há uma regra estruturante que consiste na adoção da Constituição como mote interpretativo dos seus elementos.

Daí porque o processo não pode, no seu decorrer, efetivar direitos negando a ordem jurídica constitucional; bem como aplicar a ordem jurídica constitucional e negar direitos individuais. É necessária uma constante hermenêutica sistemática-integrativa-teleológica, garantindo uma complementação ininterrupta entre direito processual e material.

O processo civil deve ser efetivo e entregar resultados, realizando a Constituição Federal e em respeito ao sistema jurídico. Tutelar situações que violem outras normas do sistema jurídico, sejam regras ou princípios, violam a própria Constituição e o sistema jurídico e não devem prevalecer. Em outras palavras: sob o argumento da coisa julgada (segurança jurídica) não se pode tutelar violações jurídicas de relevância.

A regra da coisa julgada no processo civil deriva do princípio constitucional da segurança jurídica, com vistas à estabilidade do funcionamento do sistema. O princípio – por vezes denominado de sobreprincípio – da segurança jurídica é efetivado pela atuação conjunta de regras e outros princípios do sistema, como a legalidade, a anterioridade, a igualdade, a irretroatividade, o acesso à jurisdição, dentre outros.

O princípio da segurança jurídica, assim, vista permitir que as interrelações do sistema jurídico e seus elementos sejam possíveis de serem estimadas e previstas. E, após seu funcionamento e entrega de um resultado (entrega da aplicação normativa), o resultado seja final e definitivo (coisa julgada).

Para desempenho desses seus papéis (previsibilidade e definitividade), a segurança jurídica, enquanto princípio, se utiliza de diversos instrumentos que exteriorizam seu conteúdo normativo, diversas regras que expressam o seu conteúdo e seus papéis. A segurança jurídica desempenha papéis de (i) cognoscibilidade; (ii) estabilidade; (iii) confiabilidade; e (iv) efetividade da ordem justa.

Enquanto definitividade do resultado, a regra da coisa julgada é a mais importante expressão do conteúdo jurídico do princípio da segurança jurídica. É ela que impede a rediscussão das interrelações dos elementos e, inclusive, a repetição do mecanismo do sistema e entrega de resultado – evitando até mesmo o conflito entre resultados do sistema.

A coisa julgada pode ser compreendida como uma qualidade que recai nos efeitos da sentença: a qualidade de indiscutibilidade e imutabilidade da sentença, sendo um manto de proteção da sentença, um estado de segurança jurídica quanto às relações entre os que litigaram no processo (Liebman).

A coisa julgada tem como atributos a indiscutibilidade e imutabilidade da sentença, o que impede a rediscussão da decisão, com vistas a proibir a modificação do quanto decidido; e, além disto, protegendo a decisão com a impossibilidade de seu desfazimento ou alteração, via de regra.

A coisa julgada gera efeitos extraprocessuais, para além do processo em que foi formada: em sua função positiva, permite que alguém realize algo; e, em sua função negativa, impede determinada conduta, como, por exemplo, o novo julgamento da demanda já decidida.

A ação rescisória é o remédio processual adequado para, em última análise, corrigir os equívocos do sistema jurídico no processo civil. É na ação rescisória que se tutela, após a formação da coisa julgada, as próprias características fundantes do sistema, como coesão, coerência, unidade e a adequada interrelação de seus elementos (fato, valor e norma).

A ação rescisória é uma ação de conhecimento pelo procedimento especial que está prevista no artigo 966 e seguintes do Código de Processo Civil, com natureza desconstitutiva e cuja causa de pedir está taxativamente elencada no rol do mencionado artigo legal. O pedido deduzido, para ser admissível, deve guardar correlação com alguma das hipóteses de cabimento legal.

O próprio sistema jurídico previu esse remédio processual para desconstituir a coisa julgada formada de forma viciada (ou, ainda, a decisão sem coisa julgada, mas impeditivas, que se enquadre nas excepcionais hipóteses do artigo 966, §2º do Código de Processo Civil).

Dentre as hipóteses rescisórias previstas pela própria lei, está o inciso V do artigo 966, com nova redação alterada em relação ao revogado e anterior Código de Processo Civil de 1973: agora, admite-se a ação rescisória para desconstituir essa decisão que viole manifestamente norma jurídica.

Por norma jurídica, expressão contida na própria lei, deve-se compreender, para além das regras, também os princípios jurídicos. Regras e princípios são espécies de norma jurídica (gênero). A violação a um princípio jurídico também pode ensejar a desconstituição da coisa julgada, via ação rescisória.

A violação manifesta, exigida no mencionado dispositivo legal, em casos de princípios jurídicos, deve ser compreendida quando determinado princípio jurídico for totalmente anulado e extirpado do caso concreto, violando-se para além do seu mínimo núcleo essencial.

A colisão entre princípios é resolvida pela técnica da ponderação, tomando por base o sopesamento dos princípios colidentes, dotados de grau de abstração e generalidade, valendo-se da máxima da proporcionalidade. Assim, em caso de colisão de princípios, há princípios que preponderarão em detrimento de outros, que serão restringidos – mas não anulados ou extirpados, e continuarão, em algum grau de peso de importância, a incidir e nortear aquela aplicação normativa e os resultados fáticos dela advindos.

Esse núcleo essencial do princípio é, além da própria dignidade da pessoa humana, que compõe o mínimo de todo princípio jurídico, o conteúdo jurídico mínimo do princípio colidente, que não pode ser afastado totalmente, já que incide, em algum grau, ainda que reduzido, naquele caso – tanto é que está em colisão com outro. Há um controle de excessividade de restrição principiológica que deve ser respeitado (Humberto Ávila).

Se, da colisão de princípios, algum deles é restringido para além do núcleo essencial dele, haverá violação manifesta desse princípio, autorizando o desfazimento da coisa julgada pela via da ação rescisória prevista no artigo 966, inciso V do Código de Processo Civil.

A coisa julgada que viola princípio não pode subsistir no sistema, gerando efeitos e resultados inadequados e ilícitos na sociedade.

A entrega de uma tutela jurisdicional célere mas inadequada não satisfaz o sistema e não pode ser considerada efetiva, quiçá adequada.

Para cumprimento da efetividade do processo (e da jurisdição; e do sistema) não basta que a tutela jurisdicional seja outorgada de forma célere: é necessário que essa tutela seja adequada.

Compreende-se tutela jurisdicional adequada como aquela que corretamente tutela o direito material, com aplicação e interpretação correta das normas substanciais e atingimento dos escopos do processo.

A efetividade, conceito vago que para análise necessita de premissa de resultado, deve ser apurada conforme o escopo do processo e da jurisdição, especialmente o escopo social.

Assim, a tutela jurisdicional efetiva é aquela que, além de ser adequada, com correta aplicação das normas materiais, também atinge o escopo do processo, com pacificação do litígio e harmonização social.

A ação rescisória é técnica processual à serviço da efetividade, na medida que o próprio sistema coloca à disposição esse remédio para sanear os vícios de uma tutela jurisdicional equivocada, em prol de torná-la efetiva.

Com a ação rescisória busca-se a tutela jurisdicional adequada, com correção das tutelas equivocadas outorgadas – nos casos do artigo 966 do Código de Processo Civil.

E esse tempo extra que a ação rescisória trará à solução da lide não viola a razoável duração do processo, na medida que se mostra o tempo necessário (razoável) para entrega da adequada tutela jurisdicional. Celeridade não é sinônimo de efetividade.

A ação rescisória, destarte, remédio saneador de vícios e solucionador da tutela jurisdicional equivocada, está à serviço da efetividade do sistema jurídico.

A teoria tetradimensional do direito se preocupa com a concretização da justiça: o sistema jurídico tem um escopo teleológico na entrega de resultados, que é a concretização da justiça.

Fato, valor e norma (teoria tridimensional) devem ser ponderados e interpretados com um escopo teleológico da entrega de um resultado justo.

Para os casos em que se verifica uma falha nesse funcionamento do sistema, com entrega de um resultado diverso, o próprio sistema prevê o remédio da ação rescisória para correção da falha e entrega do resultado almejado.

A ação rescisória é instrumento à serviço da própria justiça, permitindo a efetivação da teoria tetradimensional do direito.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª edição. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

\_\_\_\_\_. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, Vol 1009. Nov 2019. P. 123-135.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini. Genealogia da justiça: uma abordagem a partir do conceito de obligatio do direito privado romano. *Revista de Direito Privado*, volume 48, Out-Dez 2011.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? *Constituição, Economia e Desenvolvimento – Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, volume 7, número 12, jan-jun 2015.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. A Constituição no Sistema Jurídico Brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais*. Vol 1 Mai 2011.

ALENCAR, Joaquim Cavalcante; FARIAS, Cleanto Beltrão de; VIEIRA, Maria Marques Moreira. *A nova hermenêutica constitucional*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccjs.ufcg.edu.br/anais/artigo5.html>> Acesso em: 26.dez.2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Fundamentação jurídica, sistema e coerência. *Revista de Direito Privado*. Vol. 25, Jan-Mar 2006. P. 297-310

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. 2ª edição. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade – fundamentos de uma teoria crítica da interpretação do direito*. Barueri: Manole, 2010.

ALVES, Allan. Entrevista exclusiva com o professor e filósofo Mario Sergio Cortella. *Revista RH Online*. 2015. Disponível em: <<http://revistarhonline.com.br/site/toda-tentativa->

de-ser-soberano-numa-vida-em-comunidade-e-acima-de-tudo-uma-fratura-etica-2>. Acesso em: 31 dez 2015.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 17ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nulitatis: semelhanças e diferenças*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ALVIM, Teresa Celina Arruda. Existe a discricionariedade judicial? *Revista de Processo*. Vol. 70. Abr-Jun 1993. P. 232-234

ANGELELLI, Gustavo. Movimentos Sociais e Direito: o sentido do enfrentamento. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, volume 108, jan-dez 2013.

AQUINO, São Tomás de. *Suma Teleológica*. 1ª tradução portuguesa. São Paulo: Odeon, 1936.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Volume II. São Paulo, Nova Cultural, 1987.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. 2003.

ASCENSÃO, José Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, volume 103, jan-dez 2008.

ASSIS, Araken de. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ASSIS, Olney Queiroz.; KUMPEL, Vitor Frederico. *Manual de antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2011

ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, número 17, jan-mar 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009

\_\_\_\_\_. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004

\_\_\_\_\_. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista De Direito Administrativo*, nº 236, ano 2004. P. 369–384.

\_\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 215, 151-179, jan/mar 1999.

AURELLI, Arlete Inês. Juízo de admissibilidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/207/edicao-2/juizo-de-admissibilidade> Acesso em 02/04/2022

\_\_\_\_\_. Normas Fundamentais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Vol. 127. Set 2017. P. 19-47

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito, ontem e hoje: crítica ao neopositivismo constitucional; insuficiência dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, volume 102, jan-dez 2007.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e Contexto Social*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARACHO, José Alfredo Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, volume 90, 2004.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)> Acesso em: 25.10.2020

\_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 12 de dezembro de 2015

\_\_\_\_\_. *A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate jurídico. Mimeografado, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018..

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_., 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto; MELLO, Humberto Laport de. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, volume 8, ago 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito e Processo*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. Interpretação no Direito em geral. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. Vol. 1. Out 2010.

BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. *Ação Rescisória e Precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª edição. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, 2000.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_, 1992.

\_\_\_\_\_. *Ciência política*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, Souto Maior. Princípio da Segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. *Revista de Direito Tributário*. Número 63. 1997.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*.— Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça - STJ*. Agravo Regimental no Recurso Especial número 1295387-MS. Relator Ministro Jorge Mussi. 5ª Turma. Julgado em 11 de novembro de 2014.

BRESSAN, Gabriel Barreira. *Neoprocessualismo: entre efetividade e segurança jurídica*. 04 de fevereiro de 2014. 201 folhas. Dissertação – Universidade Presbiteriana Mackenzie – Faculdade de Direito. Brasília, 2013.

SILVA, Bruno Freire e. *Ação Rescisória*. Curitiba: Juruá, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: parte geral*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 2. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>> Acesso em: 30.nov.2021

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – lei 13.105 de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015b.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil*, volume 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, volume 1. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. P. 67.

CALHAO, Antonio Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTR, 2010.

CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª edição. Almedina: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant.. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002

CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz; DE SOUZA, André Pagani; DE ASSIS, Carlos Augusto; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Teoria Geral do Processo Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica. *Revista de Direito Tributário*, volume 61, 1994.

CASAD, Robert C; CLERMONT, Kevin M. *Res judicata: a handbook on its theory: doctrine and practice*. Durham: Caroline Academic Press, 2001.

CAUBET, Yara. *O conceito de justiça como elemento definidor de um novo paradigma jurídico*. Dissertação. (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2001. 183 páginas.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada e questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. Revista dos Tribunais, 2019

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização*. Disponível em <[https://www.academia.edu/12283645/Estabilização\\_da\\_tutela\\_antecipada\\_antecedente\\_tentativa\\_de\\_sistematização](https://www.academia.edu/12283645/Estabilização_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematização)>. Acesso em 28.dez.2015

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. *Revista da EMERJ*, volume 5, número 18, 2002. P. 58-65

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, volume I. São Paulo: Saraiva, 1969

\_\_\_\_\_. *Cosa giudicata e preclusione*. Milano: Giuffrê, 1993.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Otávio Ribeiro. Processo Civil de Resultados: Bases de Constitucionalização a partir de Gomes Canotilho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 127, Set/Out 2021. P. 187-205

\_\_\_\_\_. Direito à efetividade da Jurisdição: técnicas e tutelas diferenciadas no processo civil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 129, Jan/Fev 2022.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: IL Mulino, 1995.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva: discurso sobre o espírito positivo; discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; catecismo positivista*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CORREAS, Óscar. *Crítica da Ideologia Jurídica: ensaio socio-semiológico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; PEIXOTO, Ravi; *A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas*. Disponível em <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acesso em: 28.dez.2015.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, ano 10, número 14, Jan-Dez 2012. P. 24-41

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995

\_\_\_\_\_. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª edição. Buenos Aires: Santiago Sentis Melendo, [s.d].

CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 191 páginas. 2010.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, §1º, IV do NCPC. Disponível em <[https://amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/O\\_Deber\\_de\\_Fundamentacao\\_no\\_NCPC.pdf](https://amagis.com.br/uploads/noticias/anexo/O_Deber_de_Fundamentacao_no_NCPC.pdf)> Acesso em 20/10/2022.

CUNHA JR, Dirley da. *O que é derrotabilidade das normas jurídicas?* Disponível em <[dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/207200076/o-que-e-derrotabilidade-das-normas-juridicas](http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/207200076/o-que-e-derrotabilidade-das-normas-juridicas)>; Acesso em 28.02.2022

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *Controle das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios da dignidade humana, da proporcionalidade e/ou razoabilidade e da boa-fé no Direito do Trabalho: diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. In: DELGADO, M. G.; DELGADO, G.N. (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, volume 1, p. 571-608.

DELLORE, Luiz. *O fim da relativização da coisa julgada no Novo CPC*. Disponível em: <<http://jota.info/o-fim-da-relativizacao-da-coisa-julgada-no-novo-cpc>> Acesso em 12.nov.2015.

DELLORE; Luiz; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte; ROQUE, Andre Vasconcelos. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015.

DE SOUZA, Leonardo Fernandes. *Breve histórico da coisa julgada*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3178/breve-historico-da-coisa-julgada>> Acesso em 28 ago 2016

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil, volume 3*. 13ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17ª edição. Salvador: JusPodvm, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª edição. Salvador: JusPodivm, 2008

\_\_\_\_\_. Cláusulas Gerais Processuais. *Revista de Processo*. Volume 187. Set 2010. P. 69-83

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 17ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: volume 3*. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, número 102, jan-jun 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. Revista dos Tribunais. Volume 1, Out 2011.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil: Volume III*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil: Volume I*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a serio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. É o direito um sistema de regras? *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, v.34, n.92, p. 119-158, set./dez. 2001.

ELMAUER, Douglas. Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, volume 108, jan-dez 2013.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do Direito e os Standards jurídicos no Código Civil*. 2007. Tese. Direito Civil. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

FAVELA, José Ovalle. *Garantias Constitucionales Y Debido Proceso*. In: Cien Ensayos para el centenario. Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, tomo 2. Disponível em <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4319-cien-ensayos-para-el-centenario-constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-tomo-2-estudios-juridicos>> Acesso em 30.04.2022

FAZIO, Cesar Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. Vol. 939. Jan 2014. P. 109/126

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Autopoiese*. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. 1ª edição. Disponível em < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/152/edicao-1/autopoiese>> Acesso em 21.03.2021

FERRAZ JR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: : técnica, decisão, dominação*. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCO, Fabio Luis; MARTINS, Antonio Darienso. Da coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo – RT*. São Paulo, volume 144, p. 286-301, fev 2007.

FRANÇA, Limongi. *Princípios gerais do direito*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito Natural e Direito Positivo. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil - Revista dos Tribunais*, volume 1, out 2010.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Curso de introdução ao estudo do direito*. Salvador: JusPodivm, 2009.

GAIJO JUNIOR, Antonio Pereira. Considerações históricas na proteção de direitos: a evolução do direito processo civil no tempo. *Veredas da História*. Vol. 9, número 1. 2016. P. 95/116.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2012. Tese. Direito do Estado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. *Regulamentação da ação rescisória no CPC/15 fere a Constituição*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-27/regulamentacao-acao-rescisoria-cpc15-fere-constituicao>>. Acesso em 27 ago 2016.

GARCIA, Maria. Interpretação da Constituição e a Lei da Ficha Limpa. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol 78, jan-mar 2012.

\_\_\_\_\_. Opinião pública e a interpretação da Constituição. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*. São Paulo, volume 1, mai 2011.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2ª edição. [s.l.]: [s.n], 1919.

GERSON, Fernando. *A legitimação social do direito*. Caxias do Sul: EducS, 2014.

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais*. São Paulo: LivroeNet Atualidades do Direito, 2015.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GOMES, Anderson Ricardo; TAVEIRA, Rafael de Vasconcelos. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, volume 82, jan-mar 2013.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. Tridimensional do Direito, Teoria. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1.

ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>  
Acesso em 21.03.2021

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5ª edição. São Paulo: RCS, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CANTARINI, Paola. Proporcionalidade. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/15/edicao-1/proporcionalidade> Acesso em 1.12.2021

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

\_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 44ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. Tradução da 3ª edição. Oxford: Oxford University Press, 1994

HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. Conceito e peculiaridade da Constituição. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HITLER, Adolf. *Minha luta*. [S.l.]: Pensamento, 1925.

HUBER, Hans. *Zeitschrift fur Schweizerrisches Recht*. Basel: [s.n], 1977.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

JESTAEDT, Matthias. A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, número 106, jan-jun 2013.

JORGE, Flavio Cheim; SANT'ANNA, Vinicius de Souza. Fundamentação das decisões judiciais: razões, interações com outras garantias, requisitos mínimos e controle. *Revista de Processo*. Vol. 302. Abr 2020. P. 89-100.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *A Justiça e o Direito natural*. 2ª edição. Coimbra: Sucessor, 1979.

KHALED JUNIOR, Salah H. Oskar Von Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. *Panóptica - Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*. [s.l.] número 20, ano 4, 2010.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2013.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

LEMBO, Claudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1984, P. 54

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. *Revista dos Tribunais*. Vol. 938. Dez 2013. P. 365-389

LÔBO, Paulo. Interpretação e protagonismo da doutrina juscivilista no Brasil - Escorço. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 347-351.set/dez 2015.

LOPES, João Batista. Sistema, Sistema Processual. O CPC como um dos elementos do sistema processual. In: LOPES, João Batista; e ASSIS, Carlos Augusto de. *Tutela Provisória*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2018.

\_\_\_\_\_. Antigas Novidades no Novo CPC. *Revista de Processo*. Vol. 287, Jan 2019. P. 487-505

\_\_\_\_\_. Modelo constitucional de processo e lentidão da justiça. *Revista de Processo*. Vol. 295, Set 2019. P. 19-37

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a pretendida discricionariedade judicial. *Revista de Processo*. Vol. 274. Dez 2017. P. 79-97

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. Reformas Setoriais, Harmonia do Sistema Normativo e Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais. Volume 162. Ago 2008. P. 87-93

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury; DA SILVA, Pablo Rodrigo Aflen. A incompreendida concepção de processo como situação jurídica: vida e obra de James Goldschmidt. *Panóptica - Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*. [s.l.] volume 4, número 3, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Por que uma "Teoria dos Sistemas"?* In: NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, EvamMachado B. (coord.). Niklas Luhmann: A Nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: GoethemInstitut, 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito> Acesso em 7 de maio de 2022.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCACINI, Augusto. *Estudo sobre a efetividade do Processo Civil*. São Paulo: Edição Create Space Kindle, 2013.

MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. *Direito e controle social na modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, volume 2. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Antonio; NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, 71, p. 205-232, mar/abr 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume 4. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª edição. Campinas: Millenium, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Rogério Licastro Torres. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. *Revista de Processo*. Volume 111, Jul-Set 2003. P. 273-289

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, nov, 1994.

MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho; VIANNA, Lucas Oliveira. Uma discussão acerca da ‘única resposta correta’ a partir das teorias de raciocínio jurídico de Dworkin, Alexy e Finnis. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, 19º edição, 2021.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de ciência positiva de direito*. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 1985.

MONTESANO, Luigi. *Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione*. Padova: Cedam, 1988.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeirto. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil – Revista dos Tribunais*. São Paulo, volume 1, out 2011.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e declaração. In: *Temas de Direito Processual*, 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1977.

- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NADER, Paulo. O ordenamento jurídico e as transformações sociais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, volume 1, out-dez 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª edição. Revista dos Tribunais, 2016.
- NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*: volume único. 8ª edição. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o Estado de Direito*. In: Congresso Brasileiro de Filosofia, 5ª edição, 1995.
- NETO, Manoel Jorge e Silva. *Constituição e Processo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada*. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela\\_Pr\\_ovisoria\\_e\\_estabilizacao.pdf](http://www.tjmg.jus.br/data/files/D9/E6/05/4D/8D17D410B7C917D40D4E08A8/Tutela_Pr_ovisoria_e_estabilizacao.pdf)>. Acesso em: 28.dez.2015.
- NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. *Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução*. in CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACEDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). *Precedentes Judiciais no NCPC*. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca*. Disponível em <[www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade](http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade)>. Acesso em: 28.dez.2015

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Discricionariedade e Razoabilidade. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP*. São Paulo, volume 1, 2008.

\_\_\_\_\_. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, número 18, jun-ago, 2009.

PAVAN, Dorival Renato. O princípio da efetividade e as modificações na execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006. *Revista de Processo*, vol 155, Jan 2008. P. 154-194

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. 18 de março de 2009. 143 folhas. Dissertação – Universidade de Brasília – Faculdade de Direito. Brasília, 2009.

PEREIRA, Mychelli Araújo de Oliveira. A questão dos direitos fundamentais na atual sociedade multiculturalista. *Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. São Paulo, volume 4, 2014.

PEREIRA, Luciane Torres; DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. A duração razoável do processo como garantia de acesso à Justiça sob a ótica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Cadernos Estratégicos*. Seção 1 – Acesso à Justiça e Garantias Judiciais. Rio de Janeiro, 2018. P. 86-111

PERELMAN, Chaim. *Le Raisonnable ET Le Déraisonnable en Droit*. Paris: LGDJ, 1984.

\_\_\_\_\_. *Ética e Direito*. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005

PIETROPAOLO, João Carlos. *Limites de critérios econômicos na aplicação do direito: hermenêutica e análise econômica do direito*. 2012. Tese. Filosofia do Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, mar 2005.

PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em < [https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf) > Acesso em 06 jan 2022

PLACIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário jurídico*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

POLTRONIERI, Renato. *Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unicidade conceitual*. São Paulo: Edição do Autor, 2012.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAO, Vicent. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª edição. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.

\_\_\_\_\_.\_\_\_\_\_. São Paulo: Max Limonad, 1952

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

RESS, George. *Der Grundsatz des Verhältnismässigkeit in europäischen Rechts-Ordnungen*. Heidelberg: [s.n], 1985.

RIBEIRO, Hércio. *Justiça e democracia: judicialização da política e controle externo da magistratura*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação Rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

\_\_\_\_\_. *Da ação rescisória*. Revista de Processo, vol. 26. Abr-Jun 1982. P. 185-196

RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social: princípios de Direito Político*. Tradução: Antônio Machado. 1ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução: Edson Bini. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2007.

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Recursos Extraordinários e Ação Rescisória por ofensa à norma jurídica*. São Paulo, JusPodivm, 2019.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, volume 13, jan-mar 1996.

SARAIVA, Paulo Lopo. A tetradimensionalidade do Direito: esforço inicial. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, volume 38, número 153. Jan-Mar 2002. P. 67-77

SARRO, Luis Antonio Giampaulo. *Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil*. São Paulo: Rideel, 2014.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, volume 798, Abril de 2002, páginas 23-50.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sentença e Coisa Julgada*. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *A nova dimensão da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 29, jan-jun 2012.

SOUZA DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa. *Por uma Teoria dos Princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TARUFFO, Michele. *La Motivación de La Sentencia Civil*. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 143, p. 65 - 77, 2007, p. 69

THAMAY, Rennan Faria Kruger. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 1. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TAKOI, Sergio Massaru. O princípio constitucional da segurança jurídica no processo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Volume 94. Jan-Mar 2016. P. 249-262

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 104, outubro de 2015. Disponível em <www.justen.com.br/informativo>. Acesso em 04.jun.2016.

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

TORRES, Arthur Luis Pereira. Constituição, Processo e Contemporaneidade: o Modelo Constitucional do Processo Brasileiro. *Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil*. [s.l.], volume 1, número 2, ago 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz E. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 311 a 538*. Saraiva: São Paulo, 2017

\_\_\_\_\_. A causa petendi na ação rescisória. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, volume 5

TUCCI, Rogério Lauria. *Ação Rescisória Fundada em Prova Falsa*. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, Revista dos Tribunais, volume 7, outubro de 2011

VARGAS, Luiz Alberto. A discricionariedade na decisão judicial e a teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 172. Nov-Dez 2016. P. 137-155

VAZ DE LIMA FILHO, Acácio. Os fundamentos doutrinários da Escola Positiva. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, volume 15, jan-jun 2005.

VENERAL, Débora; ALCANTARA, Silvano Alves. *Direito aplicado*. Curitiba: InterSaberes, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006

VIANA, Tulio Lima. Teoria quântica do direito: o direito como instrumento de dominação e resistência. *Prisma jurídico*, São Paulo, volume 7, número 1, jan-jun 2008.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n 139, jun-set 1998.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Hermenêutica Jurídica: uma questão intrigante. *Revista Eletrônica de Direito Consilium*. Brasília, número 4, volume 1, mai-ago 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VON JHERING, Rudolf. *A finalidade do direito*. Tradução de Heder K. Hoffmann. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2002.

WALD, Arnaldo. Os métodos modernos de interpretação. *Revista de Direito Civil – RDCIV*. São Paulo, jan/mar, 1985.

WEFFORT, Francisco C. *Os clássicos da política*. 14ª edição. São Paulo: Ática, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. P. 128-135.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Rescisória: A Súmula número 343-STF e as funções institucionais do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Edição do Superior Tribunal de Justiça, 2009.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.